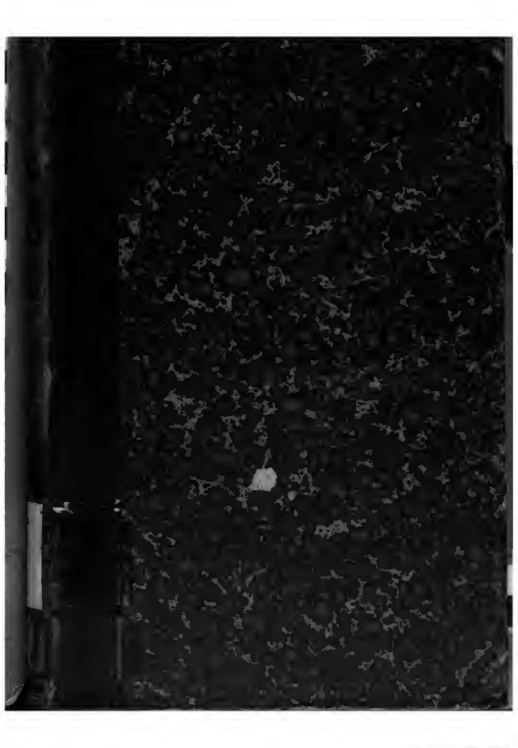
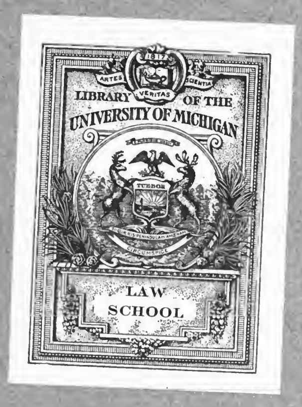
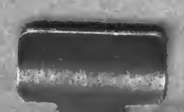





1817
ARTES
VERITAS
SCIENTIA
LIBRARY OF THE
UNIVERSITY OF MICHIGAN
TUEBOR
CIRCUMSPICE
LAW
SCHOOL



Jahrbücher

der

Württembergischen Rechtspflege

herausgegeben

von den Mitgliedern

des

Oberlandesgerichts und des Verwaltungsgerichtshofs zu Stuttgart

und des

Vorstandes der württembergischen Anwaltskammer.

Siebenter Band.

Tübingen, 1895.
Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung.

Druck von H. Laupp jr. in Tübingen.

Inhaltsübersicht des siebenten Bandes.

I. Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

A. in Civilsachen.

II. Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofs.

III. Mitteilungen des Vorstands der Anwaltskammer.

IV. Kleinere Mitteilungen aus der Praxis.

V. Abhandlungen.

VI. Litterarische Anzeigen.

VII. Alphabetisches Sachregister.

I.

Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

A. in Civilsachen.

1.

Zu Art. 2 lit. a. des Liegenschaftsgesetzes. Vertragsabschluß durch einen Stellvertreter.

Klägerin verlangt von der Beklagten die Erfüllung eines von Stadtschultheiß L. „im Auftrage Dritter" am 10. September 1888 mit dem Sägmühlebesitzer Karl A., dem Rechtsvorgänger der Beklagten, abgeschlossenen Liegenschaftskaufvertrags, unter der Behauptung, daß der Käufer L. durch Erklärung vom 10. Dezember 1888 alle seine Rechte aus dem Vertrag auf die Klägerin übertragen habe.

Die Beklagte wendet ein, der Kaufvertrag sei nach den Vorschriften des Liegenschaftsveräußerungsgesetzes vom 23. Juni 1853 nichtig, weil L. den Vertrag nicht in eigenem Namen, sondern im Namen Dritter, die hiernach als die käufer'schen Kontrahenten erscheinen, abgeschlossen habe und der Name dieser Kontrahenten in der Vertragsurkunde nicht angegeben sei.

Die Klage wurde abgewiesen.

Gründe:

Wer einen Vertrag im Auftrage eines Dritten schließt, kann dies im Namen des Dritten oder aber, wie das Beispiel des Kommissionärs (Art. 360 des H.G.B.) zeigt, in eigenem Namen auf Rechnung des Dritten thun. Im ersteren Falle

ist der Dritte, in dessen Person allein die Rechtswirkungen des Vertrags zur Entstehung gelangen, der Kontrahent [1]) und es muß daher bei einem Liegenschaftskaufvertrage nach Art. 2 des angeführten Gesetzes die Vertragsurkunde seinen Namen enthalten, wogegen es im letztern Falle, weil hier der Beauftragte der Kontrahent ist, der Nennung des Auftraggebers nicht bedarf.

Die vorliegende Vertragsurkunde, welche bloß den Namen L.'s, nicht aber die Namen seiner Auftraggeber enthält, entspricht somit den Vorschriften des Liegenschaftsveräußerungsgesetzes nur dann, wenn L. den Kaufvertrag in eigenem Namen abgeschlossen hat.

Während Klägerin in I. Instanz ausdrücklich zugegeben hatte, daß L. beim Abschlusse des Vertrags nicht in eigenem Namen verhandelt habe, bezeichnet sie denselben nunmehr als das Vertragssubjekt auf käufer'scher Seite und führt zur Begründung dieser Anschauung unter Bezugnahme auf eine Entscheidung des vormaligen Württ. Obertribunals vom 14. Juli 1838 [2]) den Grundsatz an, daß die allgemeine Erklärung, einen Vertrag nicht in eigenem Namen, sondern im Namen eines Dritten abzuschließen, das beabsichtigte Rechtsverhältnis zwischen dem Erklärenden und seinem Vertragsgenossen, nicht aber zwischen letzterem und dem ungenannten Dritten zur Entstehung kommen lasse.

Allein, es darf [3]) der vom Obertribunal in jener Entscheidung ausgesprochene Satz, daß die bezeichnete Erklärung nicht genüge, um den Stellvertreter von der eigenen Verbindlichkeit aus dem Vertrage zu befreien, nicht dahin verstanden werden, als ob es stets einer ausdrücklichen Erklärung des Stellvertreters bedürfe, in wessen Namen und als wessen Stellvertreter er handle, um ein unmittelbares Schuldverhältnis zwischen dem Vertretenen und dem andern Vertragschließenden zu begründen; es ist vielmehr hierzu mehr nicht erforderlich,

1) vgl. Entsch. des Reichsger. Bd. 3, S. 123.

2) Seuffert's Archiv. Bd. 13, Nr. 93 Z. 3.

3) s. Württ. Gerichtsblatt. Bd. 16, S. 160 Note 1.

als daß dieser und der Stellvertreter darüber einig waren, daß ein bestimmter Dritter Geschäftssubjekt sein solle, ohne Unterschied, ob der Stellvertreter ausdrücklich im Namen des Dritten kontrahierte oder ob der andere Vertragschließende nach den Umständen des Falles seinen Vertragsgenossen als den Stellvertreter einer bestimmten Person erkennen mußte.

Im vorliegenden Fall besagt nun zwar die Vertragsurkunde in ihrem Eingang: L. habe die hiernach beschriebenen Objekte „erkauft“; auch wird in Z. 9 der Vertragsbestimmungen L. als der „Käufer“ bezeichnet und er hat die Urkunde als „Käufer“ unterschrieben. Allein dieser Sprachgebrauch paßt auch für denjenigen, welcher im Namen eines Andern kauft und er ist sogar unvermeidlich, wenn, wie hier, der Andere nicht genannt sein will und daher die Anführung seiner Person als des Käufers nicht thunlich ist. Dazu kommt, daß überall da, wo es sich um die einzelnen durch den Vertrag begründeten Rechte und Pflichten handelt, nicht L., sondern die „käufer'sche Gesellschaft“ als deren Träger genannt wird; insbesondere sollen nach Z. 5 der Vertragsbedingungen die Kaufsobjekte „an die käufer'sche Gesellschaft“ übergeben werden, was doch wohl voraussetzt, daß das Recht, die Uebergabe zu fordern, unmittelbar in der Person dieser Gesellschaft begründet werden wollte, wie ja auch sie in Z. 2 der Bedingungen ohne Weiteres als die Schuldnerin des Kaufschillings behandelt wird. Daß aber, wie Klägerin geltend macht, der Ausdruck: „käufer'sche Gesellschaft“ nach Sinn und Zweck des Vertrags nichts Anderes heiße, als die beauftragende Gesellschaft, läßt sich dem Inhalt der Vertragsurkunde, namentlich der Z. 9 derselben nicht entnehmen und da auch dem Verhältnis der direkten Stellvertretung ein Auftrag (Vollmacht) zu Grunde liegt, so könnte selbst aus dem Ausdruck „beauftragende Gesellschaft“ Nichts zu Gunsten der kläger'schen Auffassung gefolgert werden.

Gegen dieselbe spricht aber folgende Erwägung. Da zur Zeit des 10. September 1888 die kläger'sche Aktiengesellschaft noch nicht gegründet, sondern erst in der Gründung begriffen

war und es daher als zweifelhaft erscheinen mochte, ob die für sie benötigten Grunderwerbungen rechtsgültig auf ihren Namen geschehen konnten, so hätte man Seitens der Gründer allerdings auf den Ausweg verfallen können, L. solle die erforderlichen Grundstücke in eigenem Namen kaufen und dann die durch den Kauf erworbenen Rechte nach Konstituierung der Aktiengesellschaft auf letztere übertragen. An einer solchen Uebertragung fehlt es nun aber gerade. Die Urkunde L.'s vom 10. Dezember 1888, in welcher Klägerin die Uebertragung ausgesprochen finden will, enthält hievon kein Wort; vielmehr gibt L. darin, nachdem er im Eingange bemerkt: „Im Auftrag Dritter, zunächst für Hrn. Dr. M. — habe ich 3 Mahlmühlen 2c. angekauft" lediglich die Erklärung ab: „daß ich fragliche Kaufverträge sämtlich für das von Hrn. Dr. M. in's Leben gerufene Württ. Portlandzementwerk zu Lauffen a. N. angekauft habe"; er benennt also nur seine Auftraggeber, welche dann die in Z. 9 des Vertrags vorbehaltene Genehmigung Seitens der Gesellschaft erteilen. Da sonach eine Uebertragung der angeblich von L. aus dem Kaufvertrag erworbenen Rechte auf die Klägerin überall nicht dargethan ist, so bildet dieser Umstand einen nicht unwichtigen Beleg dafür, daß L. aus dem Vertrage nicht für sich, sondern unmittelbar für seine Auftraggeber Rechte erwerben wollte, mithin nicht in eigenem Namen, sondern als Stellvertreter der letztern den Kaufvertrag abgeschlossen hat; und daß sein Mitkontrahent Karl A. von einer andern Auffassung ausgegangen wäre, ist nicht angezeigt.

Dem Ausgeführten zufolge ist der am 10. September 1888 zwischen Stadtschultheiß L. als Stellvertreter der Klägerin und Karl A. abgeschlossene Kaufvertrag, weil die Vertragsurkunde den Namen der Klägerin nicht enthält, nichtig.

Urteil des II. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 11. Oktober 1894 i. S. Württ. Portland-Cementwerk g. Amos.

2.

1. Voraussetzungen einer giltigen Streitverkündigung. 2. Uebergang des ganzen Pfandrechts auf den Cessionar als Folge der Cession eines Teils einer unterpfändlich gesicherten Zielerforderung.

Kläger hat 1891 die Liegenschaft des Bauern J. S. von von A. gekauft und davon alsbald eine Wiese pfandfrei an C. K. weiter verkauft. Diese Wiese hatte 1888 der Handelsmann Sigmund H. an J. S. verkauft unter Vorbehalt des Pfandrechts für seine Kaufschillingsforderung von 350 M. Am 7. November 1889 hat Sigmund H. seine Kaufschillingsforderung an J. S. „im Betrag von restlichen 291 M. samt Zins" an die Spar- und Waisenkasse V. abgetreten. Diese Abtretung wurde im Unterpfandsbuch zu A. vorgemerkt. Die Spar- und Waisenkasse V. ist aus dem Kaufpreis, den J. S. vom Kläger erhielt, vollständig befriedigt und hierauf das Unterpfand auf der vom Kläger an C. K. weiter verkauften Wiese gelöscht worden.

In Wirklichkeit war jedoch die Kaufschillingsforderung des Sigmund H. gegen J. S. nicht vollständig getilgt, weil J. S. das auf Martini 1888 fällige Ziel mit 59 M. nicht bezahlt hatte. Bei der erwähnten Zielerabtretung an die Spar- und Waisenkasse V. hat Sigmund H. diesen Rückstand verschwiegen, weil er — wie er angegeben hat — gedacht habe, die Sparkasse nehme die Forderung lieber, wenn sie nichts davon wisse, daß das erste Ziel noch im Rückstand sei.

Auf Klage des Sigmund H. wurde am 31. Dezember 1891 A. H., der sich für Bezahlung der Kaufschillingsschuld des J. S. verbürgt hatte, zur Bezahlung des erwähnten Ziels von 59 M. nebst Zinsen verurteilt. A. H. trat nun als Cessionar des Sigmund H. mit der Pfandklage gegen C. K. auf und erwirkte ein rechtskräftig gewordenes Urteil des Amtsgerichts E. dahin, daß K. die fragliche Wiese zum Zweck der Befriedigung

für die auf Martini 1888 verfallene Zielerforderung behufs Zwangsverkaufs herauszugeben habe. Dem Prozeß zwischen A. H. und K. ist Kläger auf Seite des K. beigetreten und hatte mit einem an „die Unterpfandsbehörde A. zu Handen von deren Vorstand Sch." gerichteten Schreiben „der Unterpfandsbehörde A." den Streit verkündigt. Er hat auf Grund des ergangenen Urteils den A. H. befriedigt und sodann seinen Rückgriff gegen die sechs Beklagten als Mitglieder der Unterpfandsbehörde A. genommen mit der Behauptung, daß die Unterpfandsbehörde durch ihre Nachlässigkeit es verschuldet habe, daß aus dem von ihm dem J. S. gezahlten Kaufpreis die Kaufschillingsschuld des J. S. an Sigmund H. nicht vollständig getilgt worden ist.

Die Klage wurde abgewiesen.

Gründe:

Der Ersatzanspruch des Klägers ist nicht begründet, weil nicht gesagt werden kann, daß die den Beklagten zur Last gelegten Verstöße gegen die Vorschriften des Pfandgesetzes — soweit Verstöße überhaupt vorliegen sollten — auf Absicht oder Nachlässigkeit der Beklagten beruhen.

Zur Zeit der von der Unterpfandsbehörde A. am 10. Juni 1891 beschlossenen Löschung des Unterpfandsrechts war aus dem Unterpfandsbuch ersichtlich, daß der ursprüngliche Pfandgläubiger Sigmund H. bereits aufgehört hatte, Pfandberechtigter zu sein.

Allerdings ist in dem auf die Pfandklage des Cessionars des Sigmund H., des Bauers A. H., gegen den Besitzer des Unterpfands, C. K. am 1. November 1892 ergangenen und rechtskräftig gewordenen Urteil des Amtsgerichts E. festgestellt, daß hinsichtlich des an Martini 1888 verfallenen Ziels von 58 M. 33 Pfg. nebst Zinsen nicht bloß die Kaufpreisforderung sondern auch das für diese bestellte Unterpfandsrecht noch zu Recht bestehe und dem Sigmund H., bezw. jetzt dessen Rechtsnachfolger, dem damaligen Kläger A. H. zustehe. Mit Unrecht aber behauptet Kläger, daß hiedurch eine abweichende Entscheidung dieser Frage zwischen den jetzigen Parteien ausgeschlossen sei.

Daß auch die Beklagten durch die Rechtskraft des erwähnten, zwischen Dritten ergangenen Urteils unmittelbar verpflichtet seien, behauptet Kläger selbst nicht; wenn er aber annimmt, daß die Beklagten den Inhalt jenes Urteils mittelbar, nämlich insofern gegen sich gelten lassen müssen, als sie, gemäß § 71 Abs. 3 und § 65 C.P.O., mit ihrer Behauptung, daß der fragl. Rechtsstreit, insbesondere die Frage des Fortbestands des Sigmund H.'schen Unterpfandsrechts nach der Abtretung der Forderung im Betrag von restlichen 291 M. an die Sparkasse V., unrichtig entschieden sei, nicht gehört werden können, nachdem sie auf die ihnen vom Kläger als Nebenintervenienten und Litisdenuntiaten in jenem Rechtsstreit gemäß § 69 Abs. 2 C.P.O. gewordene Streitverkündigung an jenem Streit sich nicht beteiligt haben, so ist er mit dieser Annahme im Irrtum. — Ob und wieweit im Fall einer gehörigen Streitverkündigung der Nichtbeitritt der Beklagten die im § 65 C.P.O. bestimmte nachteilige Rechtswirkung gehabt haben würde, kann unerörtert bleiben, da die vom Kläger vorgenommene Streitverkündigung als der in § 70 C.P.O. vorgeschriebenen Form ermangelnd, rechtlich unwirksam war.

Wenn die angeführte Bestimmung für die Streitverkündigung die „Zustellung eines (den Grund derselben und die Lage des Rechtsstreits bezeichnenden) Schriftsatzes" verlangt, so versteht sich nach § 69 von selbst, daß diese Zustellung an denjenigen Dritten erfolgen muß, gegen welchen der Streitverkünder im Fall des für ihn ungünstigen Ausgangs des Rechtsstreits seinen Anspruch auf Schadloshaltung zu erheben beabsichtigt; eine an eine andere Person gerichtete Zustellung kann die vorgeschriebene, welche an den künftig im Weg des Rückgriffs zu Belangenden zu richten ist, nicht ersetzen; in diesem Fall fehlt es vielmehr an der erforderlichen Zustellung und damit an der gerichtlichen Streitverkündigung, und auch wenn der auf Schadloshaltung in Anspruch genommene von jener auf Veranlassung des Streitverkünders Kenntnis erlangt hat, kann die Streitverkündigung höchstens die Wirkung einer außergerichtlichen Streitverkündigung, nicht aber die Wirkungen

des § 71 Abs. 3, § 65 C.P.O. haben, da diese Bestimmung das Vorliegen einer gerichtlichen Streitverkündigung voraussetzt [1]).

Hienach war vom Kläger der die Streitverkündigung enthaltende Schriftsatz vom 26. Mai 1892 um die Wirkungen des § 65 der C.P.O. zu begründen, denjenigen Personen zuzustellen, welche derselbe im gegenwärtigen Prozeß belangt hat, also den sechs in erster Instanz Beklagten. Dies ist aber, ausweislich der Aufschrift dieses Schriftsatzes wie der ihm angehängten Zustellungsurkunde, nicht geschehen, vielmehr ist die Zustellung erfolgt „an die Unterpfandsbehörde A., zu Handen von dem Vorstand Herrn Schultheiß Sch. in K."

Diese Zustellung aber ist wirkungslos. Denn es ist nicht die Unterpfandsbehörde A. (und deren zur Zeit seiner Klagerhebung vorhandene Mitglieder), welche der Kläger auf Schadloshaltung in Anspruch nimmt, sondern einzelne Personen aus der Zahl derjenigen, welche zur Zeit der fragl. Löschung Mitglieder der Unterpfandsbehörde A. gewesen sind, insbesondere z. B. nicht der dermalige Vorstand der Unterpfandsbehörde A., aber auch nicht der dermalige Vorstand Schultheiß Sch. bezw. dessen Erben. Und dies entspricht auch dem Gesetz. Denn die nach dem Wortlaut der Ueberschrift des vierten Kapitels und des Art. 223 des württ. Pfandgesetzes „der Unterpfandsbehörde" auferlegte Verantwortlichkeit trifft diese in Wahrheit nicht als Behörde, d. h. als rechtliche Einheit oder als juristische Person gedacht, sondern ist, nach den unzweideutigen Bestimmungen der Art. 227 und 232, auch für solche schädigenden Handlungen und Unterlassungen, welche aus einem Kollegialbeschluß oder einer Kollegialversäumnis der Unterpfandsbehörde entspringen, den einzelnen Mitgliedern des Kollegiums je in ihrer eigenen Person auferlegt, sofern auch für die oben erwähnten Beschädigungen nicht die gesamte Behörde als solche, sondern nur diejenigen Mitglieder

1) Vgl. Seuffert, in den Blättern für Rechtsanwendung in Bayern. Bd. 51 S. 2 ff. Wach, Handb. des Civilproz. I, S. 658. Gaupp, Komm. zur C.P.O. zu § 70 I, S. 168 der 2. Aufl.

für haftbar erklärt sind, welche an dem betreffenden Kollegialbeschluß Teil genommen oder dieser Teilnahme widerrechtlich sich entzogen haben.

Der erwähnte Mangel einer Zustellung der Streitverkündung ist aber auch dann nicht geheilt, wenn, wie Kläger behauptet, der Schultheiß Sch. die Beklagten von der ihm zugestellten Streitverkündung benachrichtigt hat und diese ihn hierauf mit Aufstellung eines bevollmächtigten Anwalts beauftragt haben. Denn diese Mitteilung des Schultheißen war, als bloße Benachrichtigung, nicht geeignet, die förmliche Zustellung eines Schriftsatzes zu ersetzen, und die dem Schultheißen Sch. gegenüber von den Beklagten abgegebene Erklärung kann als eine dem Kläger oder den Hauptparteien im Vorprozeß A. H. gegen C. K. gegebene Erklärung ihres Beitritts nicht angesehen werden.

Das erwähnte Urteil des Amtsgerichts C. steht somit einer freien Prüfung der Frage, ob zur Zeit der fraglichen Löschung Sigmund H. noch als Pfandgläubiger im Unterpfandsbuch der Gemeinde A. eingetragen und deshalb als solcher zu befriedigen gewesen sei, nicht im Wege.

Diese Frage ist zu verneinen.

Wenn von dem als Pfandgläubiger im Unterpfandsbuch Eingetragenen sein ganzes Pfandrecht einem Andern abgetreten und diese Abtretung im Unterpfandsbuch nach den Vorschriften der Art. 202, 88, 84 des Pfandgesetzes eingetragen worden ist, so ist durch diese Veräußerung und Rechtsnachfolge an die Stelle des ursprünglichen Pfandberechtigten — und zwar mit Ausschluß des letzteren — der neue Erwerber des Pfandrechts getreten und dieser Wechsel der berechtigten Subjekte — vermöge der Eintragung im Unterpfandsbuch — für jeden Dritten ersichtlich geworden; es hat alsdann der ursprünglich Pfandberechtigte aufgehört, im Unterpfandsbuch eingetragener Pfandgläubiger zu sein und ist an seine Stelle allein der Erwerber des Pfandrechts der eingetragene Pfandgläubiger, weil andernfalls angenommen werden müßte, daß in Absicht auf eine und dieselbe Pfandforderung gleichzeitig zwei

verschiedene Pfandgläubiger vorhanden seien, was rechtlich nicht möglich ist.

Nach Inhalt der Cessionsurkunde vom 7. Novbr. 1889 hat Sigmund H. an die Sparkasse in B. sein gesamtes, in Vollziehung seines Pfandrechtsvorbehalts vom 20. Juli 1888 im Unterpfandsbuch der Gemeinde A. eingetragenes Pfandrecht abgetreten, wenn auch nicht seine ganze durch dieses Pfandrecht gesicherte, ursprünglich im Betrag von 350 M. eingetragene Kaufschillingsforderung. Seine Erklärung: daß er „die in vorstehender Pfandurkunde genannte Kaufschillingsforderung bei J. S. im Betrag von restlichen 291 M. samt 5 % Zinsen vom 20. Juli 1889 an mit allen Rechten und Klagen an die Sparkasse der Stadtgemeinde B. hiemit abtrete" — enthält die unzweideutige Aussage, daß die in dem Pfandbuchauszug genannte, auf 6 Jahresziele verteilte Kaufpreisforderung von 350 M. nur noch zu einem „Restbetrag" von 291 M. bestehe, also 59 M. hieran getilgt sei — (demnach vermutlich das erstfällig gewordene Jahresziel von 58 M. 33 Pf. bezahlt sei), daß er also diesen allein noch bestehenden Rest der Forderung abtrete; dies ist der aus dem gemeinen Sprachgebrauch, aus der in Handel und Wandel feststehenden Bedeutung des „restlichen Betrags einer Forderung" sich von selbst aufdrängende Sinn seiner Erklärung; jede andere Auslegung derselben tritt mit diesem unzweideutigen Wortsinn in Widerspruch. Auch für diesen „Rest" der versicherten Forderung aber hat, nach bekanntem Grundsatz, das gesamte Pfandrecht in seinem ganzen ursprünglich eingetragenen Umfang fortbestanden und ist, da eine Einschränkung in der Abtretungsurkunde nicht angedeutet ist, in seinem vollen Umfang auf die Erwerberin des Forderungsrests, die Sparkasse B. übergegangen; diese ist hiedurch, mit Ausschluß des Sigmund H., alleinige Pfandberechtigte geworden, und daß dem so sei, ist durch die am 7. November 1889 erfolgte Vormerkung dieser Cessionserklärung im Unterpfandsbuch von A. für jeden Dritten ersichtlich gemacht.

Allerdings hat Sigmund H. als Zeuge im Vorprozeß

A. H. gegen C. K. eidlich versichert, 1. daß der an die Sparkasse von ihm nicht abgetretene Teil seiner Forderung das erste, an Martini 1888 fällig gewordene Ziel von 58 M. 33 Pf. gewesen sei und daß dieses Ziel damals noch nicht bezahlt war; 2. daß er an die Sparkasse V. nur die fünf nachfolgenden Zieler habe abtreten, das erstfällige dagegen für sich behalten wollen. Danach wäre diese letztere Zinsforderung, als fällig, in solange als die übrigen, der Sparkasse abgetretenen Zieler nicht fällig waren, diesen letztern hinsichtlich der Befriedigung aus dem Pfanderlös vorgegangen; nach der Absicht des Cedenten Sigmund H. hätte also die Sparkasse das Pfandrecht nicht in demselben Umfang und mit derselben Wirkung, wie es ihm selbst ursprünglich zustand, erworben, wäre also bezüglich ihrer Pfandberechtigung nicht durchaus an seine Stelle getreten, hätte ihn von der Befriedigung aus dem Pfande nicht völlig ausgeschlossen.

Allein diese bei der Abtretung mit Bewußtsein und zum Zweck einer betrüglichen Täuschung der Erwerberin verschwiegen gebliebene Absicht des Cedenten, welche mit dem in der Cessionsurkunde unzweideutig erklärten Willen desselben in Widerspruch steht, kann, als rein innerlich gebliebener Vorbehalt, weder gegenüber der Erwerberin, noch gegenüber von Dritten rechtliche Geltung beanspruchen; es bleibt also dabei, daß die Sparkasse V. mit Ausschluß des Sigmund H. alleinige Pfandberechtigte geworden und im Unterpfandsbuch als alleinige Pfandgläubigerin eingetragen ist, wenn auch immerhin Sigmund H. hinsichtlich des 1. Ziels (gewöhnlicher) Gläubiger des J. S. geblieben ist.

Hienach aber kann die Unterpfandsbehörde A. kein Vorwurf treffen, wenn sie, eben hievon ausgehend, in Absicht auf das fragliche Pfandrecht die Sparkasse V. als die allein eingetragene Pfandgläubigerin behandelt, das ursprüngliche Pfandrecht des Sigmund H. dagegen nicht bloß als nicht mehr bestehend, sondern auch als nicht mehr eingetragen angenommen und deshalb von einer Berücksichtigung des letzteren gänzlich abgesehen hat. Dementsprechend durfte sie davon

ausgehen, daß der nach A. 210 des Pfandgesetzes erforderliche Antrag auf Löschung des Unterpfandsrechts „seitens eines Beteiligten" von der Sparkasse V. als alleiniger Pfandgläubigerin, ohne Beitritt des früheren Pfandgläubigers Sigmund H., wirksam gestellt werden könne — und in der Uebersendung der Quittung und der Löschbewilligung an die Pfandbehörde gestellt sei —, sowie daß in den eben genannten beiden Urkunden die nach Art. 215 des Pfandgesetzes zur Löschung für genügend erklärte „unverdächtige Quittung" vorliege und zwar von der Pfandgläubigerin „vorgelegt" worden sei.

Selbst wenn man übrigens der Ansicht wäre, es entspreche dem wahren Sinn des Pfandgesetzes, daß neben dem eingetragenen Cessionar der Pfandforderung und des Pfandrechts auch noch der Cedent, als früherer Pfandgläubiger, als im Unterpfandsbuch eingetragener Pfandberechtigter zu behandeln sei, könnte es doch den Beklagten nicht als Verschulden angerechnet werden, daß sie der ersterwähnten, mit dem Wortlaut der bezüglichen Vorschriften des Pfandgesetzes Art. 210 ff. zum mindesten wohl vereinbaren und der Natur der Sache entsprechenden Ansicht gewesen sind. (Dies wird weiter ausgeführt.)

Urteil des I. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 22. Juni 1894 i. S. Rosengart g. Löw und Gen.

3.

Haftet der Hinterleger für jeden, auch ohne sein Verschulden eingetretenen Schaden, den die hinterlegte Sache dem Verwahrer verursacht hat?

Der Beklagte hat eine Kuh im Stall der Klägerin eingestellt. Zwei Tage darauf ist in diesem Stall bei der Kuh des Beklagten und verschiedenen Viehstücken der Klägerin die Maul- und Klauenseuche ausgebrochen. Klägerin behauptet, ihr Vieh sei durch die vom Beklagten eingestellte Kuh ange-

steckt worden und verlangte Ersatz des ihr dadurch erwachsenen Schadens. Die Klage ist abgewiesen worden. Aus den

Gründen:

Damit daß H. B. als Vertreter der Klägerin auf Ansuchen des Beklagten dessen Kuh in den Stall der Klägerin zur vorübergehenden Verwahrung aufnahm, ist zwischen den Parteien ein Hinterlegungsvertrag zu Stand gekommen, ein depositum, welches bewegliche Sachen jeder Art, auch lebendes Vieh, zum Gegenstand haben kann. Die Uebernahme der unentgeltlichen Fütterung und Verpflegung war nur ein weiterer Gefälligkeitsakt, der die Natur des Verwahrungsvertrags nicht beeinflußt. Es fragt sich nun, ob der Hinterleger dem Verwahrer für den diesem durch die hinterlegte Sache verursachten Schaden (Ansteckung seines Viehs durch die eingestellte Kuh) unbedingt zu haften hat oder nur dann, wenn ihn ein Verschulden, eine culpa, trifft.

Ersteres wird neuerdings [1]) auf Grund der L 61 § 5 D de furtis 47, 2 angenommen, indem diese Stelle dahin ausgelegt wird, daß dort der der Billigkeit entsprechende Grundsatz, der Verwahrer dürfe durch seine im Interesse des Deponenten erwiesene Gefälligkeit nicht zu Schaden kommen, ausgesprochen und die daselbst angeführte culpa des (Mandanten und) Deponenten abstrakt zu nehmen sei.

Allein dem steht die herrschende Ansicht, daß der Deponent nur bei eigener Nachlässigkeit (omnis culpa) hafte, entgegen [2]).

---

1) v. Ihering in seinen Jahrbüchern für Dogmatik. Bd. 4 S. 37, Mommsen in den Erörterungen z. Obl. R. 2. Heft (Haftung der Contrahenten bei Abschließung von Schuldverträgen) S. 58—70 und Unger, Handeln auf fremde Gefahr in Ihering's Jahrbüchern für Dogmatik. Bd. 33 S. 318 ff.

2) S. die Pandekten von Windscheid II § 378 Note 16, Dernburg II § 92 Note 2, Arndts § 285, Brinz II S. 607, 610, Baron § 277, Keller S. 581, Sintenis § 112 zu Note 28, Seuffert § 316 zu Note 12, Glück 15 S. 171, 227, ferner Löhr. Theorie der culpa S. 143 f., Hasse, die Culpa. 2. Aufl. S. 401 f., Unterholzner, Lehre von den Schuldverhältnissen. II § 662, Cohn in Endemann, Handbuch des Handelsrechts. III S. 901.

Jene Auslegung ist auch mindestens eine zweifelhafte[1]), sie ist mit dem Ausspruch des Paulus in L. 26 § 7 D mand. 17, 1 nicht zu vereinigen[2]) und widerspricht dem allgemeinen Grundsatz des gemeinen Rechts, daß man in Schuldverhältnissen regelmäßig nur für Verschulden, nicht über für Zufall einzustehen hat[3]), ein Grundsatz, der hinsichtlich des durch den Diebstahl eines zum Pfand gegebenen, deponierten und vermieteten Sklaven entstandenen Schadens in L. 31 D de pign. a. 13, 7 L. 22 D com. vel contra 13, 6 und L. 45 § 1 D loc. cond. 19, 2 gleichmäßig ausgesprochen worden ist.

Es liegt daher kein Grund vor, die herrschende Theorie zu verlassen und den Hinterleger für jeden, auch ohne sein Verschulden eingetretenen Schaden haften zu lassen[4]).

Urteil des II. Civilsenats des Oberlandesgerichts in S. Bürkert g. Mäule.

4.

Haftung des Vormunds im Fall der Verpfändung von Vermögensstücken der Mündel zum Besten ihres Vaters ohne Einholung der erforderlichen amtsgerichtlichen Entscheidung (§§ 117, 118 der Hauptinstruktion); Umfang der Diligenzpflicht des Vormunds[5]).

Der Beklagte hat als Pfleger der 3 damals 12, 6 und 4 Jahre alten Kinder des Bierbrauereibesitzers und Wirts K.

1) Mommsen selbst hat die Stelle früher anders ausgelegt. Beitr. z Obl. R. III S. 369 Note 16.

2) wie Unger selbst zugiebt a. a. O. S. 326, s. auch Mommsen, Haftung der Contr. S. 64 f.

3) Wächter, Pand. I § 87 Beil. I und § 88. Wächter, Württ. Privatrecht, II § 112.

4) Vgl. auch die Motive zu § 622 des Entwurfs eines bürg. Gesetzb. für das D. Reich, II S. 581 f. — In der zweiten Lesung des E.B.G.B. ist in § 634 bestimmt worden, daß der Hinterleger den durch die Beschaffenheit der Sache dem Verwahrer verursachten Schaden zu ersetzen hat, wofern er nicht beweist, daß er die gefahrdrohende Beschaffenheit der Sache weder kannte noch kennen mußte oder daß der Verwahrer sie gekannt bezw. er sie demselben angezeigt hat. — Anm. d. Red.

5) Vgl. Jahrb. Bd. 5 S. 20 ff.; Bd. 6 S. 31 ff.

am 9. Januar 1878 darein gewilligt, daß für eine von dem Letzteren auf seinem Anwesen mit I. Nachhypothek sichergestellte Darlehensforderung des Hopfenhändlers M. Hoch im Betrag von 3000 M. fünf in seiner Verwaltung befindliche, zu 2220 M. angeschlagene Güterstücke seiner Pflegbefohlenen als Hilfspfand eingelegt wurden. Ende Mai 1878 verkaufte K. sein Brauereianwesen um den Preis von 15000 M., von welchen er aber nichts bezahlt erhielt, da der Käufer Chr. H. alsbald nach Amerika entwich und die Liegenschaft seinen Gläubigern zurückließ; dieselbe wurde im Exekutionsweg verkauft, über K. aber im September 1878 der Gant erkannt. Aus dem Brauereianwesen, dessen einzelne Teile von K. im Lauf der Zeit verschiedentlich verbessert worden waren und das aus Anlaß der I. Verpfändung im Jahr 1875 zu 12773 M., bei der Verpfändung im Jahr 1878 zu 19400 M. angeschlagen worden war, wurden beim Zwangsverkauf 8500 M. erlöst. Da dieser Betrag, in Verbindung mit dem Erlös aus der dem K. selbst noch gehörigen Liegenschaft, zur Deckung des Nachpfandgläubigers M. Hoch weitaus nicht reichte, nahm dieser nun die Hilfspfänder in Anspruch, welche für 1729 M. verkauft wurden; der ganze Erlös wurde dem Hoch zugewiesen. Der Verlust jedes einzelnen der 3 K.'schen Kinder berechnete sich hienach zu 576 M. 33 Pf. Der Kläger, als Ehemann und Vermögensverwalter eines dieser Kinder macht für diesen Verlust den Beklagten verantwortlich.

Die Klage wurde in beiden Instanzen abgewiesen.

Gründe:

Der Vormund haftet, wenn durch seine Verwaltung das Vermögen seiner Pflegbefohlenen zu Schaden kommt, für culpa in concreto. Im vorliegenden Fall steht fest, daß der der Kläger'schen Ehefrau und ihren Geschwistern durch den Verkauf eines Teils ihrer Liegenschaft und Ueberweisung des Erlöses an den Gläubiger ihres Vaters, M. Hoch, erwachsene Schaden nicht eingetreten wäre, wenn der Beklagte als Vormund der 3 Kinder nicht seine Einwilligung dazu gegeben hätte, daß die betreffenden Grundstücke für eine von ihrem Vater, W. K.,

Jene Auslegung ist auch mindestens eine zweifelhafte[1]), sie ist mit dem Ausspruch des Paulus in L. 26 § 7 D mand. 17, 1 nicht zu vereinigen[2]) und widerspricht dem allgemeinen Grundsatz des gemeinen Rechts, daß man in Schuldverhältnissen regelmäßig nur für Verschulden, nicht über für Zufall einzustehen hat[3]), ein Grundsatz, der hinsichtlich des durch den Diebstahl eines zum Pfand gegebenen, deponierten und vermieteten Sklaven entstandenen Schadens in L. 31 D de pign. a. 13, 7 L. 22 D com. vel contra 13, 6 und L. 45 § 1 D loc. cond. 19, 2 gleichmäßig ausgesprochen worden ist.

Es liegt daher kein Grund vor, die herrschende Theorie zu verlassen und den Hinterleger für jeden, auch ohne sein Verschulden eingetretenen Schaden haften zu lassen[4]).

Urteil des II. Civilsenats des Oberlandesgerichts in S. Bürkert g. Mäule.

4.

Haftung des Vormunds im Fall der Verpfändung von Vermögensstücken der Mündel zum Besten ihres Vaters ohne Einholung der erforderlichen amtsgerichtlichen Entscheidung (§§ 117, 118 der Hauptinstruktion); Umfang der Diligenzpflicht des Vormunds[5]).

Der Beklagte hat als Pfleger der 3 damals 12, 6 und 4 Jahre alten Kinder des Bierbrauereibesitzers und Wirts K.

1) Mommsen selbst hat die Stelle früher anders ausgelegt. Beitr. z. Obl. R. III S. 369 Note 16.

2) wie Unger selbst zugiebt a. a. O. S. 326, s. auch Mommsen, Haftung der Contr. S. 64 f.

3) Wächter, Pand. I § 87 Beil. I und § 88. Wächter, Württ. Privatrecht, II § 112.

4) Vgl. auch die Motive zu § 622 des Entwurfs eines bürg. Gesetzb. für das D. Reich, II S. 581 f. — In der zweiten Lesung des E.B.G.B. ist in § 634 bestimmt worden, daß der Hinterleger den durch die Beschaffenheit der Sache dem Verwahrer verursachten Schaden zu ersetzen hat, wofern er nicht beweist, daß er die gefahrdrohende Beschaffenheit der Sache weder kannte noch kennen mußte oder daß der Verwahrer sie gekannt bezw. er sie demselben angezeigt hat. — Anm. d. Red.

5) Vgl. Jahrb. Bd. 5 S. 20 ff.; Bd. 6 S. 31 ff.

am 9. Januar 1878 darein gewilligt, daß für eine von dem Letzteren auf seinem Anwesen mit I. Nachhypothek sichergestellte Darlehensforderung des Hopfenhändlers M. Hoch im Betrag von 3000 M. fünf in seiner Verwaltung befindliche, zu 2220 M. angeschlagene Güterstücke seiner Pflegbefohlenen als Hilfspfand eingelegt wurden. Ende Mai 1878 verkaufte K. sein Brauereianwesen um den Preis von 15000 M., von welchen er aber nichts bezahlt erhielt, da der Käufer Chr. H. alsbald nach Amerika entwich und die Liegenschaft seinen Gläubigern zurückließ; dieselbe wurde im Exekutionsweg verkauft, über K. aber im September 1878 der Gant erkannt. Aus dem Brauereianwesen, dessen einzelne Teile von K. im Lauf der Zeit verschiedentlich verbessert worden waren und das aus Anlaß der I. Verpfändung im Jahr 1875 zu 12773 M., bei der Verpfändung im Jahr 1878 zu 19400 M. angeschlagen worden war, wurden beim Zwangsverkauf 8500 M. erlöst. Da dieser Betrag, in Verbindung mit dem Erlös aus der dem K. selbst noch gehörigen Liegenschaft, zur Deckung des Nachpfandgläubigers M. Hoch weitaus nicht reichte, nahm dieser nun die Hilfspfänder in Anspruch, welche für 1729 M. verkauft wurden; der ganze Erlös wurde dem Hoch zugewiesen. Der Verlust jedes einzelnen der 3 K.'schen Kinder berechnete sich hienach zu 576 M. 33 Pf. Der Kläger, als Ehemann und Vermögensverwalter eines dieser Kinder macht für diesen Verlust den Beklagten verantwortlich.

Die Klage wurde in beiden Instanzen abgewiesen.

Gründe:

Der Vormund haftet, wenn durch seine Verwaltung das Vermögen seiner Pflegbefohlenen zu Schaden kommt, für culpa in concreto. Im vorliegenden Fall steht fest, daß der der Kläger'schen Ehefrau und ihren Geschwistern durch den Verkauf eines Teils ihrer Liegenschaft und Ueberweisung des Erlöses an den Gläubiger ihres Vaters, M. Hoch, erwachsene Schaden nicht eingetreten wäre, wenn der Beklagte als Vormund der 3 Kinder nicht seine Einwilligung dazu gegeben hätte, daß die betreffenden Grundstücke für eine von ihrem Vater, W. K.,

aufgenommene Darlehensschuld als Hilfspfänder eingelegt wurden. Die Frage nun: ob den Beklagten in Betreff dieser seiner Einwilligung der Vorwurf eines schuldhaften Verhaltens treffe? hat der Unterrichter verneint. Der Kläger, Berufskläger tritt dieser Auffassung entgegen; es ist ihm jedoch nicht beizupflichten.

Der Kläger stützt die Behauptung, daß dem Beklagten ein kulposes Handeln zur Last falle, in der Hauptsache darauf, daß derselbe den Vorschriften des § 118 der „Hauptinstruktion" zuwider gehandelt habe, indem er ohne Rücksicht darauf, daß die dort vorgesehene Genehmigung des Oberamtsgerichts nicht eingeholt gewesen, seine Einwilligung zu der Hilfspfandbestellung erklärt habe. Allein dieser Vorwurf ist nicht zutreffend.

Die Vorschrift des § 118 ist an die Gemeinderäte gerichtet, denen sie in Fällen, wo Pfleger ohne das Vorhandensein einer unvermeidlichen Notwendigkeit zur Einwilligung in die Verpfändung von Grundstücken ihrer minderjährigen Pflegebefohlenen zum Besten der Eltern sich geneigt erklären, zur Pflicht macht „unter vollständiger Anführung und Belegung der obwaltenden Umstände die oberamtsgerichtliche Entscheidung einzuholen"; diese Entscheidung soll[1]) auf Grund der Prüfung erfolgen, „ob mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu erwarten sei, daß der wahre Nutzen der Kinder auch durch die zunächst im Interesse der Eltern vorgenommene Verpfändung befördert werde." Mit dem Verhalten des Vormunds ist jene Vorschrift in keine weitere Berührung gebracht und es hat insbesondere dieselbe auch in den zur Instruktion der Vormünder zusammengestellten Pflegersvorschriften keinen Platz gefunden. Hienach fällt die Verantwortlichkeit für die Einhaltung der Vorschrift dem Gemeinderat zu und es kann im Allgemeinen dem Vormund nicht als Verschuldung angerechnet werden, wenn er sie nicht gekannt oder unrichtig ausgelegt hat[2]).

Nun liegen im gegenwärtigen Fall allerdings besondere Verhältnisse insofern vor, als der Pfleger zugleich Gemeinde-

1) vgl. Volley's Commentar. T. I S. 131.

2) Vgl. Jahrb. Bd. 6 S. 31 ff.

ratsmitglied war und als solcher an den im November 1877 in Betreff der Vorlage an's Oberamtsgericht, sowie im Januar 1878 in Betreff der Pfandbestellung selbst gepflogenen Verhandlungen teilgenommen und darum Kenntnis sowohl von der Bestimmung des § 118 als auch davon hat haben müssen, daß anläßlich der Pfandbestellung vom Januar 1878 die Entscheidung des Gerichts nicht eingeholt worden war. Er war also an und für sich in der Lage, seine Mitwirkung bei der Pfandbestellung von der Einholung der oberamtsgerichtlichen Entscheidung abhängig machen zu können. Dies nicht gethan zu haben, wird ihm aber mit Unrecht zur Schuld angerechnet.

Das Oberamtsgericht Balingen hatte anderthalb Monate früher, als es sich um die Verpfändung der nämlichen Objekte für ein projektiertes Anlehen von 12000 M. handelte, eine dem Antrag entsprechende Entscheidung erteilt und dieselbe hauptsächlich auf zwei Momente gestützt, nämlich: daß rc. K. mittelst des Anlehens die andringenden Gläubiger bezahlen und hiedurch ein Exekutionsverkauf gegen ihn vermieden werden könne (wobei gemäß dem Vorlagebericht des Gemeinderats die gleichzeitige Abzahlung der alten Pfandschuld vorausgesetzt war), und daß die Umgehung eines Exekutionsverkaufs nur im Interesse der noch unerzogenen K.'schen Kinder gelegen sei. Wenn nun, wie aus dem Protokollauszug vom 9. Januar 1878 hervorgeht, der Gemeinderat als Unterpfandsbehörde davon ausging, daß jene Entscheidung der vorgesetzten Behörde ohne Weiteres auch auf das neue Projekt bezogen werden dürfe, und wenn selbst die Auffassung nicht unberechtigt ist, daß dem Gemeinderate aus dieser, wenn auch mißverständlichen, Anwendung der verwickelten und für den Laien schwer zu überschauenden Bestimmungen der Hauptinstruktion der Vorwurf einer Pflichtwidrigkeit nicht erwachse, so müssen diese Gesichtspunkte in gleichem Maße und noch mehr den Vormündern gegenüber Platz greifen, von denen ja der Natur der Sache nach noch weniger spezielle Gesetzeskunde über den Inhalt ihrer „Vorschriften" hinaus verlangt werden kann. Jene ausdehnende Auslegung aber, welche der Gemeinderat Winterlingen der

oberamtsgerichtlichen Entscheidung vom 30. November 1877 gab, war in materieller Hinsicht um so mehr gerechtfertigt, als die für den damaligen Antrag maßgebenden Gründe und thatsächlichen Verhältnisse am 9. Januar 1878 noch dieselben waren und als der wirtschaftliche Effekt der Pfandbestellung im Wesentlichen mit dem von dem früheren Projekt in Aussicht genommenen zusammenfiel. Denn blieben nach dem letzteren von den aufzunehmenden 12 000 M. nach Ablösung der Pfandschuld von 8400 M. nebst etwa 600 M. Zinsen ungefähr 3000 M. zur Vereinigung anderweitiger Verbindlichkeiten übrig, so handelte es sich auch bei der M. Hoch'schen Pfandbestellung darum, um den gleichen Betrag die Last der unversicherten Schulden K.'s zu erleichtern, im gleichen Verhältnis die Gefahr einer Katastrophe hinauszurücken.

Immerhin muß gegenüber den Angriffen des Berufungsklägers — wenn es auch unter solchen Umständen keineswegs unwahrscheinlich ist, daß das Oberamtsgericht Balingen auch der im Januar 1878 in Frage stehenden Verpfändung seine Zustimmung erteilt hätte — hervorgehoben werden, daß für den Gemeinderat nicht eine Unterstellung und Vermutung darüber, wie das Gericht entscheiden würde, sondern die Auffassung maßgebend war, daß es mit der früheren Entscheidung auch schon den später eingetretenen Fall getroffen habe; und von diesem Gesichtspunkte aus kann dem Beklagten es nicht als Verschulden aufgerechnet werden, wenn er in Uebereinstimmung mit dem Gemeinderat der — wenn auch irrigen — Meinung war, daß die wiederholte Einholung der oberamtsgerichtlichen Zustimmung zu der Verpfändung der Mündel-Grundstücke für das Darlehen des Gläubigers ꝛc. Hoch nicht erforderlich sei.

Durfte aber der Beklagte, ohne sich dem Vorwurf einer schuldhaften Pflichtverletzung auszusetzen, davon ausgehen, daß seine Zustimmung zu der Verpfändung nach den dem Oberamtsgerichte dargelegten Umständen gerechtfertigt sei, so kann auch daraus ein Verschulden des Beklagten und ein Mangel an gewissenhafter Prüfung nicht abgeleitet werden, daß er durch

sonstige zur Zeit der Pfandbestellung vorliegende Umstände sich von dieser Zustimmung nicht abhalten ließ. Waren es doch zum Teil Umstände, welche dem Oberamtsgerichte bei seiner früheren Entscheidung schon bekannt waren; denn damals hatte der Gemeinderat berichtet, daß es schwer falle, das Darlehen von 12000 M. selbst auf doppelte Pfandsicherheit zu bekommen — daß das Andringen verschiedener Gläubiger, die sich nicht beschwichtigen lassen, den K. mit einem Exekutionsverkauf bedrohe, und ihm nur durch Beschaffung des Darlehens die Möglichkeit geboten sei, seinem Ruin vorzubeugen. Der geringe Grad von Kredit, dessen K. sich zu erfreuen hatte, war in diesen Sätzen so deutlich zum Ausdruck gebracht, daß das weitere Symptom, welches etwa in dem Mißlingen des ersten Anlehensplans zu finden war, vom Gemeinderat und von dem Vormund als unerheblich angesehen werden mochte.

Hatte doch schon die oberamtsgerichtliche Entscheidung vom 30. November 1877 von der früher betonten Voraussetzung einer dauernden Besserung der K.'schen Verhältnisse (einer „Abwälzung des Ruins für immer") auf Grund des zweiten Berichts vom 20. dess. Mts. abgesehen, wo der Gemeinderat in wenig zuversichtlicher Weise „die Garantie für alle Eventualitäten" ablehnte.

Allerdings liegen auch Umstände vor, welche dem Oberamtsgerichte bei seiner Entscheidung nicht bekannt waren: das ist einerseits die aus der Vergleichung des Engel'schen mit dem Hoch'schen Pfandschein ersichtliche bedeutende Steigerung des Gebäudeanschlags um 6—7000 M. binnen dreier Jahre, andererseits die durch den Konkurs kurz darauf enthüllte große Menge der unversicherten Schulden 2c. K.'s. In letzterer Beziehung ist für die Beantwortung der Frage: ob und in wie weit der Beklagte Kenntnis vom Stand der Sache hatte oder in der Lage gewesen wäre, sich solche zu verschaffen? lediglich kein Anhaltspunkt enthalten. Die Differenz in den Pfandanschlägen mußte wohl dem Beklagten bewußt sein; es ist aber nicht ausgeschlossen, daß der Gemeinderat bei der Erhöhung seines Anschlags von Erwägungen und Berechnungen ausging,

welche auch vom Standpunkte des sorgsamen Hausvaters aus gerechtfertigt waren; insbesondere konnten in dieser Richtung die Meliorationen an einzelnen Gebäuden und ihr Einfluß auf den Gesamtwert des Brauereianwesens in Betracht kommen; und sowohl hinsichtlich der thatsächlichen Kenntnis von diesen — in dem Bericht vom 14. November 1877 hervorgehobenen — Verbesserungen, als hinsichtlich des Maßes ihrer Berücksichtigung bei dem Neuanschlag der Realitäten spricht zunächst die Vermutung für ein pflichtmäßiges Verhalten der Unterpfandsbehörde, bei welchem auch der Beklagte als Vormund sich beruhigen durfte. Der Kläger hat auch nicht behauptet, daß die Unterpfandsbehörde in pflichtwidriger Weise jenen späteren Anschlag zu hoch gemacht habe, und noch weniger Thatsachen geltend gemacht, welche die Pflichtmäßigkeit der von der Unterpfandsbehörde vorgenommenen Prüfung oder die Richtigkeit ihrer Berechnung in Frage zu stellen geeignet wären, wie er sich auch mit der Frage nicht befaßt hat: was etwa der Beklagte als Pfleger der K.'schen Kinder gethan hat oder thun konnte, um sich einen richtigen Einblick in den Schuldenstand des Vaters zu verschaffen, oder in wie fern er etwa einen solchen Einblick hatte.

Das Ergebnis aus dem Bisherigen ist folgendes: dem Beklagten kann der Vorwurf nicht gemacht werden, daß er in schuldhafter Weise einer ihm durch die Vorschrift des § 118 der Hauptinstruktion auferlegten Pflicht zuwider-, daß er — wie Kläger sagt — gesetz- und verbotswidrig gehandelt habe. Es ist auch nicht dargethan, daß er Thatsachen oder Umstände, welche abgesehen von den dem Oberamtsgerichte zur Kenntnis gebrachten Verhältnissen das Vertrauen auf einen ersprießlichen Ausgang zu erschüttern geeignet waren, gekannt und unbeachtet gelassen hätte. Was aber die Würdigung der K.'schen mißlichen Vermögensverhältnisse im Allgemeinen betrifft, so durfte er sich durch die Auffassung des Oberamtsgerichts für gedeckt halten.

Das letztere hatte gegenüber den Bedenken, welchen die Darlegung des Gemeinderats Raum gab, die ausschlaggebende

Rücksicht in dem Interesse der 3 unerzogenen Kinder des ꝛc. K. gefunden, deren Erziehung Gefahr lief, durch den wahrscheinlichen Erfolg eines mit großen Verlusten verknüpften Zwangsverkaufs ihres finanziellen Bodens beraubt zu werden. Dabei hatte es offenbar weitergehenden Erwartungen für die Zukunft entsagt und sich bei der Möglichkeit beruhigt, daß K. nach Ueberwindung der augenblicklichen Krise seinen Kredit wieder soweit heben und sich so lange wieder halten könnte, um wenigstens die Gelegenheit zu einem günstigen Privatverkauf abwarten zu können, womit sich dann immerhin die Hoffnung auf Rettung des in dem Anwesen steckenden Mutterguts der Kinder eröffnete. Auf denselben Standpunkt, welcher sich mit der oben erwähnten, von Volley an die Prüfung des Oberamtsgerichts gestellten Forderung wohl in Einklang bringen ließ — durfte sich auch der Pfleger der Kinder stellen, und der Erfolg hat diesem Standpunkte insofern Recht gegeben, als der Zwangsverkauf im Winter 1878 abgewendet ward.

Der endgültige Mißerfolg, der dann allerdings rascher, als man gehofft hatte, hereinbrach, der verhängnisvolle Verkauf an Chr. H., der Gant und der weit unter der Hälfte des Anschlags zurückbleibende Erlös aus der verpfändeten Liegenschaft — kann nicht ohne Weiteres als Beleg für die behauptete Versäumung pflichtmäßiger Um- und Vorsicht verwertet werden. Denn es ist erfahrungsgemäß, wenn einmal ein gewerbliches Anwesen, wie eine Bierbrauerei, auf dem Lande im Wege der Zwangsvollstreckung verkauft wird, der Erfolg so ganz dem Zufall preisgegeben, daß von vornherein auch mit dem gewissenhaftesten Voranschlag nicht mehr gerechnet werden kann. Was aber den unvorsichtigen Verkauf an Chr. H. betrifft, welcher jedenfalls die unmittelbare Ursache des Gantausbruchs bei K. war, so fehlt es an Anhaltspunkten für die Annahme, daß der Beklagte vermöge seiner Kenntnis von der Persönlichkeit des K. Grund gehabt hätte, eine derartige Eventualität schon zu der Zeit, als die Hilfspfandbestellung in Frage stand, in Aussicht zu nehmen; ebensowenig aber hat der Kläger darzuthun vermocht, daß etwa der Verkauf an ꝛc. H. unter Um-

ständen erfolgte, wo weiteres Abwarten sich schon als unmöglich und die Rechnung mit einer längeren Frist zur Erzielung eines günstigen reellen Privatverkaufs sich als irrig erwiesen hätte.

Nach dem Ausgeführten läßt sich ein die Haftung des Beklagten für den Schaden seiner Mündel begründendes Verschulden auf seiner Seite nicht feststellen. Der Vormund hat im Allgemeinen die Pflicht, bei seinen Verwaltungshandlungen die Umstände, die Gründe und die möglichen Folgen mit derjenigen Sorgfalt und Umsicht zu erwägen und zu prüfen, welche er als sorgsamer Hausvater seinen eigenen Angelegenheiten widmen würde. Daneben ist ihm noch für gewisse Arten von Verwaltungshandlungen — insbesondere für Veräußerung (und Verpfändung) von pflegschaftlicher Liegenschaft, zur Pflicht gemacht, sich der Genehmigung der Vormunschaftsbehörde (des Gemeinderats) zu versichern. Im Obigen ist nun festgestellt, daß eine Pflichtwidrigkeit in der letzteren Beziehung dem Beklagten nicht zur Last fällt, und daß, was die erstere, allgemeine Obliegenheit betrifft, keine Thatsachen vorliegen, durch welche die behauptete Versäumnis dargethan würde. Wenn aber hienach das Handeln des Beklagten in der Verpfändungs-Angelegenheit eine Verfehlung gegen seine Pflichten nicht aufweist, so kann er auch nicht von den durch die Folgen dieses Handelns beschädigten Pflegebefohlenen für ihren Schaden haftbar gemacht werden.

Hienach ist der Anspruch des Klägers nicht begründet.

Urteil des II. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 12. Juli 1894 i. S. Amann g. Beck.

5.

1. Kann gegen eine Klage auf Schadensersatz wegen Verlöbnisbruchs ein Grund des Rücktritts geltend gemacht werden, der dem Beklagten bei Aufhebung der Verlobung noch nicht bekannt war?

2. Kompensation beiderseitiger Untreue der Verlobten?

Gegenüber einer Klage auf Schadensersatz wegen Ver-

löbnisbruchs wandte Beklagter ein, daß er wegen Untreue der Klägerin berechtigt gewesen sei, das Verlöbnis zu lösen. Klägerin macht dem gegenüber geltend, daß Beklagter diesen Grund seines Rücktritts erst im Prozeß erfahren bezw. geltend gemacht habe, daß es nicht der wirkliche Grund seines Rücktritts gewesen sei und daß Beklagter seinerseits der Klägerin ebenfalls untreu gewesen sei.

Hierüber ist in den

Gründen

bemerkt:

Unerheblich wäre es, wenn Beklagter von der Untreue der Klägerin erst nach Auflösung des Verlöbnisses Kenntnis erlangt hätte: eine Klage auf Schadensersatz wegen Verlöbnisbruchs ist auch dann unbegründet, wenn der Beklagte erst im Prozeß einen den Rücktritt vom Verlöbnis rechtfertigenden Grund anzuführen vermag; es kommt nur darauf an, ob der Rücktritt objektiv gerechtfertigt war, nicht darauf, daß der Zurücktretende schon zur Zeit des Rücktritts einen rechtfertigenden Grund kannte.

Gleichgiltig ist, ob — wie Klägerin vorbringt — der wirkliche Grund des Rücktritts des Beklagten ein anderer war, als der von ihm geltend gemachte, sofern nur letzterer den Rücktritt rechtfertigt, wie es thatsächlich der Fall ist. Gleichgiltig ist ferner, ob Beklagter seinerseits der Klägerin untreu gewesen ist und Klägerin deshalb gerechten Grund gehabt hätte, ihrerseits vom Verlöbnis zurückzutreten. Denn diesfalls wäre eben die Folge die gewesen, daß jeder Teil das Verlöbnis lösen und kein Teil vom andern Entschädigung wegen Verlöbnisbruchs verlangen konnte, nicht aber, daß kein Teil zurücktreten und der aufgegebene Teil Entschädigung fordern konnte: bei Verlöbnissen gibt es keine Kompensation der Untreue wie bei Ehen, es gilt nicht der Grundsatz, daß Verlöbnisse — wie Ehen — womöglich aufrecht erhalten werden müssen, im Gegenteil erscheint es vom sittlichen Standpunkt aus wünschenswert, daß Verlöbnisse gelöst werden, die voraussichtlich zu unglücklichen Ehen führen würden, wie dies in einem

Fall anzunehmen wäre, da Verlobte beiderseits einander untreu sind.

Urteil des 1. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 11. Mai 1894 i. S. Wolf g. Gerst.

6.

1. Passivlegitimation des Abwesenheitspflegers gegenüber einer Klage gegen den Abwesenden auf Herausgabe einer Erbschaft.
2. Wirksamkeit der Kodizillarklausel, wenn der eingesetzte Erbe vor Anfall der Erbschaft gestorben ist.

Die Klägerin fordert auf Grund eines im Testament des G. C. T. enthaltenen Universalfideicommisses ihren quotativen Anteil an der vom Beklagten als Abwesenheitspfleger des verschollenen G. W. T. Namens dieses Intestaterben angetretenen, an 6 Fideicommißerben herauszugebenden Erbschaft des G. C. T. Der Beklagte bestreitet diesen Anspruch auf Grund der Behauptung, daß das Testament einschließlich seiner fideicommissarischen Bestimmungen durch den vor dem Tod des Erblassers eingetretenen Tod des eingesetzten Erben hinfällig geworden sei. Diesem Einwand begegnet die Klägerin mit der Berufung auf die dem Testament angehängte Kodizillarklausel; der Beklagte bestreitet die Wirksamkeit der Letzteren aus dem rechtlichen Grunde, daß die Wirksamkeit der Kodizillarklausel sich nicht auf den Fall erstrecke, wo der eingesetzte (Testaments-) Erbe vor dem Anfall der Erbschaft gestorben sei und darum dieselbe nicht antreten könne.

Der Beklagte wurde der Klage gemäß verurteilt.

Gründe:

Zunächst ist die Frage nach der Legitimation des verklagten Abwesenheitspflegers zu erledigen. Nach der Praxis der Württ. Gerichte, wie solche in Ermangelung positiver Gesetzesbestimmungen sich ausgebildet hat und in dem nachträglichen Kommissionsbericht zur Württ. Civilprozeßordnung vom Jahr 1868 zu Art. 241—247 [1]) konstatiert ist, ist die Fähigkeit

1) Neue Justizgesetzgebung des Kgr. Württemberg. Bd. II S. 493 f.

des Abwesenheitspflegers, den Abwesenden zu vertreten, also insbesondere statt seiner verklagt zu werden, in Betreff aller derjenigen Prozesse anerkannt, welche auf die Erhaltung des von ihm verwalteten Vermögens, d. h. auch auf dessen Verteidigung gegen Ansprüche, die es zu mindern drohen, gerichtet sind. Von diesem Standpunkte aus, auf welchen auch die Konsequenz der vom Oberlandesgerichte in dem in den Württ. Jahrbüchern Bd. V S. 80 ff. (namentlich S. 104) abgedruckten Berichte ausgesprochenen Sätze führt, ist im vorliegenden Prozeß die Befugniß des Abwesenheitspflegers, als Vertreter des in Wirklichkeit verklagten Verschollenen aufzutreten, um so weniger zu beanstanden, als seine Legitimation beide Parteien anerkannt haben.

Die formelle Giltigkeit der die Kodizillarklausel enthaltenden Verfügung, welche dadurch, daß sie vor den fünf Testamentszeugen mündlich kundgegeben und in dem Solennisationsprotokoll beurkundet ward, der für die Errichtung von Kodizillen gesetzlich vorgeschriebenen Form teilhaftig geworden ist, unterliegt keinem Zweifel.

Was aber die materielle Wirkung der Klausel betrifft, so ist solche für den Fall, wo das Testament durch den früheren Tod des eingesetzten Erben destitut geworden, mit Unrecht bestritten.

Für's gemeine Recht steht die Wirksamkeit der Klausel auch für solche Fälle außer Zweifel. In Betreff des Württ. Rechts werden die Einwendungen darauf gestützt, daß das Landrecht III Tit. 20 § 13 bei Anführung der Fälle, in welchen ungiltigen Testamenten durch die Klausel zur materiellen Verwirklichung verholfen wird, nur den Fall, wo die Ausschlagung der Erbschaft Seitens des Eingesetzten — nicht auch den Fall, wo sein früherer Tod das Testament hinfällig gemacht hat, erwähnt, während unter den Ungiltigkeitsgründen in § 7 dess. Tit. die beiden Fälle neben einander genannt sind. Offenbar hat aber das Landrecht an der ersteren Stelle nur Beispiele anführen wollen, so daß aus der Weglassung des einen oder anderen Falls nichts zu Ungunsten der rettenden

Wirkung der Klausel gefolgert werden kann. Denn da auch der folgende § 14 zwar einen — oder den — Fall hervorhebt, wo der Klausel die Wirksamkeit versagt wird, jedoch ebenfalls des hier in Frage stehenden Falles nicht erwähnt, die Aufzählung also unter allen Umständen nach der einen oder andern Seite hin unvollständig ist, muß angenommen werden, daß dieselbe auch nicht erschöpfend sein will, und es hinsichtlich der nicht ausdrücklich erwähnten Fälle bei dem gemeinen Recht verbleiben sollte. Es ist nun aber einleuchtend, daß der hier in Frage stehende Fall innerlich den angeführten Beispielen der Wirksamkeit der Klausel mehr verwandt ist als dem gegenteiligen Fall des § 14, des testamentum ruptum.

Es nehmen denn auch die Kommentatoren und Lehrer des Landrechts, soweit sie den fraglichen Fall überhaupt ausdrücklich berühren[1]), keinen Anstand, der Kodizillarklausel auch in dem Fall Wirksamkeit beizulegen, wenn das Testament durch den vor dem Erbschaftsanfall erfolgten Tod des eingesetzten Erben seine Giltigkeit verloren hat.

Nun ist in II. Instanz weiter eingewendet worden: die Wirksamkeit der Kodizillarklausel sei schon dadurch ausgeschlossen, daß es sich um den Bestand einer fideicommissarischen Verfügung handle, und die Frage: in wie weit das Universalfideicommiß (sog. fideicommissarische Substitution) durch den früheren Tod des Fiduziars (des eingesetzten Erben) modifiziert werde, nach besonderen gesetzlichen Bestimmungen zu entscheiden sei. Dies ist aber nur insofern zutreffend, als nach diesen besonderen Bestimmungen die Frage sich beantwortet: ob ein Testamentserbe vorhanden sei oder nicht? Denn wenn ihre Anwendung nach der Beschaffenheit des einzelnen Falles dahin führt, daß in der zunächst verfügten fideicommissarischen Substitution die Vulgarsubstitution als mitenthalten anzusehen ist, so wird eben vermöge der letzteren das Testament überhaupt

---

1) vgl. Griesinger, Bd. V S. 486 Ziff. 2 vor Note z. S. 480 vor Note o. Reinhardt, Kommentar, Bd. 2 S. 217 Anm. 3, S. 221 Anm. 1 „in allen ff.“ Reyscher § 661 Ziff. 3.

nicht hinfällig. Erst wenn nach jenen Bestimmungen — in Folge der dem Erblasser zugegangenen Kunde von dem Tod des Testamentserben — die Unterstellung einer Vulgarsubstitution ausgeschlossen ist, hat sich hiemit die Ungiltigkeit des Testaments entschieden und ist daher die Voraussetzung für die Wirksamkeit der Kodizillarklausel gegeben.

Behauptet also die Klausel ihre Kraft auch den Fällen gegenüber, in denen der Tod des Testamentserben den Erbschaftsantritt aus dem Testament unmöglich gemacht hat, so steht ihrer Wirkung auch auf die in solchem Testament enthaltenen Universalfideicommisse nichts im Weg und es handelt sich darum, festzustellen, in welcher Weise die hierauf bezüglichen Bestimmungen des Testaments zu verwirklichen sind. Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen muß, wenn der mit Vermächtnissen belastete Testamentserbe die Erbschaft nicht erworben hat, in Folge der dem Testament beigefügten Kodizillarklausel der nun zunächst berufene Intestaterbe die Vermächtnisse entrichten; die Absicht des Erblassers, daß der Vermächtnisnehmer den ihm zugedachten Vermögensteil erhalten solle, wird von der — nicht mehr möglichen — Form der Ausfolge Seitens des Testamentserben losgeschält und nach Maßgabe der veränderten Umstände verwirklicht. Ein Unterschied zwischen Singular- und Universal-Vermächtnissen wird nicht gemacht. So hat also im vorliegenden Fall der Beklagte, der Namens des berufenen Intestaterben die Erbschaft des G. C. T. angetreten hat, nach Maßgabe der Testamentsbestimmungen dieselbe den Fideicommißerben herauszugeben.

Das Testament stellte nun die Maßgabe auf, daß die Restitution an die Fideikommißerben nach dem Tod des eingesetzten Erben geschehen sollte. Hat jetzt der Intestaterbe diese Verfügung zu verwirklichen, so bleibt selbstverständlich der im Testament bestimmte Termin in soweit maßgebend, als ihm nicht der Wille des Erblassers, sein Vermögen bis zu s e i n e m Tod selbst zu behalten, im Wege stand. Für die Auffassung, daß der Intestaterbe die Restitution nun auf den Zeitpunkt s e i n e s Todes hinausrücken dürfe, fehlt es in

thatsächlicher und rechtlicher Beziehung an jeglichem Anhaltspunkt.

Urteil des II. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 28. Juni 1894 i. S. Tscherning g. Fromm.

7.

Versicherungsvertrag; Giltigkeit von Vertragsbedingungen, wonach mündliche den Agenten oder Beamten der Gesellschaft gemachte Angaben als nicht gemacht gelten sollen und die Unrichtigkeit bezw. Unvollständigkeit der Angaben des Versicherten den Vertrag ungiltig machen soll ohne Rücksicht darauf, ob Seitens des Versicherten ein Irrtum, Fahrlässigkeit oder böse Absicht vorliegt?

Kläger hat durch Vermittelung des Beauftragten der Beklagten Kommerzienrat L. den unter Mitwirkung ihres Agenten St. gefertigten Versicherungsantrag d. d. 4. Juni 1893 bei der Direktion der Beklagten eingereicht, auf Grund dessen er von letzterer nach Maßgabe des ihm zugestellten Versicherungsscheins vom 9. desf. M. Nr. 2453 gegen die Folgen körperlicher Unfälle versichert wurde. Am 15. Juli 1893 hat Kläger vor seiner Wirtschaft durch einen Zechgast, der kurz zuvor wegen ungeeigneten Betragens aus der Wirtsstube entfernt worden war, mittelst unerwarteten Angriffs eine schwere Verwundung erlitten, infolge deren er 77 Tage arbeitsunfähig war. Sein aus diesem Anlaß erhobener Anspruch auf die in dem Versicherungsvertrag vorgesehene Entschädigung im täglichen Betrag von 4 M. ist von der Beklagten bestritten worden, indem Beklagte unter Berufung auf den Inhalt ihrer Versicherungsbedingungen sich an den abgeschlossenen Vertrag für nicht gebunden erklärte, weil der Kläger bei Stellung seines Versicherungsantrags einen für ihre Entschließung erheblichen Umstand, nämlich seinen Wirtsberuf neben dem Beruf eines Mechanikers in einer Baumwollspinnerei und Zwirnerei, anzugeben unterlassen habe.

Die Beklagte ist der Klage gemäß verurteilt worden.

Gründe:

Nach § 1 der allgemeinen Versicherungsbedingungen der Beklagten Berufsklägerin erstreckt sich eine von ihr bewilligte Versicherung auf alle Unfälle, welche den Versicherten in seiner Berufsthätigkeit oder sonstwie treffen. Eine hievon abweichende Absicht der Beklagten, die Versicherung auf Unfälle, welche der Kläger in Ausübung eines bestimmten Berufs erleiden würde, zu beschränken, ist bei dem Vertragsabschluß nirgends zum Ausdruck gekommen. Aus der bloßen Thatsache, daß die Beklagte von dem Wirtsberuf des Klägers nicht unterrichtet war, kann unter diesen Umständen nicht gefolgert werden, daß ein Vertrag in Beziehung auf Unfälle, die dem Kläger bei Ausübung dieses Nebenberufs zustoßen würden, überhaupt nicht zu stand gekommen sei.

Die von der Klage geltend gemachte Verpflichtung der Beklagten kann daher aus dem Gesichtspunkt, daß Kläger nur als Mechaniker und nicht auch als Wirt versichert worden sei, nicht mit Erfolg bestritten werden.

Der Haupteinwand der Beklagten stützt sich auf die dem Kläger auferlegte Vertragsbedingung, wonach das eingegangene Versicherungsgeschäft für die Beklagte unverbindlich sein soll, wenn in den Antragspapieren unrichtige Angaben gemacht sind oder eine Angabe unterlassen worden ist, welche auf die Entschließung der Beklagten, sich auf den Vertrag überhaupt oder unter den gleichen Bedingungen einzulassen, Einfluß haben konnte. Beklagte will dem Inhalt der mündlichen Verhandlung des Klägers mit den Agenten St. und L. und der Kenntnis der letzteren von dem Sachverhalt, worin der Kläger seine Deckung für den Mangel der Antragsurkunde sucht, jede rechtliche Bedeutung deshalb abgesprochen wissen, weil nach der weiteren in die Schlußerklärung des Antragstellers aufgenommenen Bestimmung des Versicherungsvertrags die in der Antragsurkunde enthaltenen Angaben die alleinige Grundlage für die beantragte Versicherung bilden und „alle neben diesem Antrag dem Agenten oder Beamten der Gesellschaft mündlich oder

sonstwie gemachten Angaben als überhaupt nicht gemacht gelten sollen." Allein indem die Beklagte auf Grund dieser Bestimmungen den Kläger für die vorliegende Unvollständigkeit der urkundlichen Angaben über seine berufliche Thätigkeit ausschließlich verantwortlich machen will, setzt sie sich in entschiedenen Widerspruch mit der thatsächlichen Stellung, welche die Agenten der Versicherungsinstitute mit deren Einverständnis bei der ihnen aufgetragenen Vermittelung der Vertragsabschlüsse gegenüber den Versicherungsnehmern einzunehmen pflegen und welche die Organe der Beklagten auch im gegenwärtigen Fall eingenommen haben. Es liegt in der Natur der Sache, daß die einzelnen Versicherungsnehmer bei Abgabe der von ihnen geforderten Erklärungen wie bei ihrem sonstigen durch die Agenten vermittelten Verkehr mit dem Versicherer auf die Beratung und Leitung der letzteren angewiesen sind und in allen zweifelhaften Fragen in erster Linie auf deren sachkundiges Urteil sich verlassen müssen. Wird von dem Agenten, wie dies der Fall zu sein pflegt, die Ausfüllung des Fragebogens auf Grund der mündlichen Mitteilungen des Antragstellers selbst übernommen, so ist letzterer zu der Erwartung berechtigt, daß die erforderlichen Angaben in der Fassung und Ausdehnung, wie sie den Zwecken der Gesellschaft entsprechen, der Antragsurkunde einverleibt werden, vorausgesetzt nur, daß der Agent durch jene Mitteilungen oder durch eigene, jede weitere Auskunft entbehrlich machende Kenntnis des Sachverhalts zur Herstellung einer vollständigen Deklaration in den Stand gesetzt ist. Dem Vertrauen, das der Versicherungsnehmer hiebei den von dem Versicherungsinstitut aufgestellten Mittelspersonen berechtigterweise entgegenbringt, muß auch dieses bei Aufstellung und Anwendung seiner Vertragsbedingungen Rechnung tragen; der Versicherer kann, wenn er nicht gegen Treu und Glauben im Verkehr verstoßen will, nicht jeder Verantwortlichkeit aus dem Verhalten seiner Organe sich entschlagen, welche in seinem Auftrag den Geschäftsverkehr mit dem Publikum vermitteln, und, wenn auch zum stellvertretenden Vertragsabschluß nicht bevoll-

mächtigt, doch diesen in den wichtigsten Punkten einleiten und vorbereiten[1]).

Auch im vorliegenden Fall hat nach der eigenen Darstellung der Beklagten eine Mitwirkung ihrer Organe zur Aufnahme des Antrags stattgefunden und ist insbesondere die Beantwortung der Fragen nach Berufsstellung und Beschäftigung des Klägers durch dieselben redigiert und geschrieben worden. Auch hier lag eine der sachkundigen Beurteilung bedürftige Frage vor: Kläger konnte als Laie darüber, ob neben seinem Hauptberuf als Mechaniker auch seine Nebenbeschäftigung als Inhaber einer Dorfwirtschaft für die Beklagte zu wissen nötig und deshalb ausdrücklich anzuführen sei, im Ungewissen sein und durfte die Entscheidung hierüber den seinen Antrag redigierenden Beauftragten der Beklagten überlassen. Ob er, wie von ihm behauptet und unter Beweis gestellt ist, dem Generalagenten L. ausdrücklich eröffnet hat, daß er auch Wirt sei, und daß er nicht sowohl wegen der in der Fabrik als wegen der außerhalb derselben ihn etwa treffenden Unfälle versichert zu sein wünsche, kann auf sich beruhen, da nach der begründeten (in der Berufungsinstanz unangefochten gebliebenen) Feststellung des Unterrichters jedenfalls der Agent St. als Mitbürger des Klägers und Mitangestellter in derselben Fabrik über die Berufsverhältnisse desselben vollständig unterrichtet war. Dies genügte, um die Annahme des Klägers zu rechtfertigen, daß die Urkunde, bei deren Vorbereitung St. — zweifellos nicht nur in mechanischer Weise — mitgewirkt hatte, mit den eingetragenen Antworten das Nötige über seinen Beruf und seine Beschäftigung enthalte, und er durch Unterzeichnung derselben seiner Anzeigepflicht in dieser Hinsicht vollständig genüge.

Die Beklagte muß die Handlungsweise des von ihr aufgestellten Vertrauensmanns als maßgebend gelten lassen, und diese Wirkung seiner vermittelnden Thätigkeit konnte auch durch gegenteilige Vertragsbedingungen, von welchen der Kläger zu-

---

1) Zu vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Civ.-Sachen. Bd. 22 S. 205 ff., Bd. 27 S. 151 f.

dem keine derartige Konsequenz in Aussicht zu nehmen vermochte, mit rechtlichem Erfolg nicht ausgeschlossen werden.

Die Beklagte hat zwar, um sich gegen alle Einwendungen aus dem subjektiven Verhalten des Versicherungsnehmers und des seine Antragsstellung vermittelnden Personals zu sichern, ihren Vertragsbedingungen noch den Grundsatz einverleibt, daß die Unverbindlichkeit des Vertrags auf Grund der Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der Deklarationsurkunde ohne Rücksicht auf einen hiebei mitwirkenden Irrtum, eine Fahrlässigkeit oder böse Absicht eintreten soll, und glaubt deshalb die Befreiung von ihrer Vertragspflicht auf Grund der nackten Thatsache einer fehlerhaften Deklaration in Anspruch nehmen zu können. Allein auch diesem Vertragsinhalt muß die rechtliche Anerkennung versagt werden, wo er, wie im vorliegenden Fall zu dem Ergebnis führt, daß dem Versicherungsnehmer eine in der Natur seines Vertragsverhältnisses begründete Verteidigung entzogen wird. Die Beklagte ist nicht berechtigt, bei einem Vertragsverhältnis, welches auf das Vertrauen des Publikums zu den Organen des versichernden Instituts sich stützen muß, und deshalb auch eine entsprechende Berücksichtigung des aus gutem Glauben hervorgegangenen Verhaltens des Mitkontrahenten Seitens des Versicherers erfordert, alle Verantwortung und Gefahr einer fehlerhaften Beschaffenheit des Antragsinstruments dem Versicherungsnehmer, der über die Bedeutung einer solchen Vertragsklausel selten im Klaren sein wird, aufzubürden und ihn noch überdies für den Fall der Aufhebung des Vertrags mit dem Verlust der bezahlten Prämien zu bestrafen. Die Geltendmachung einer solchen Vertragsbestimmung gegen den gutgläubigen Antragsteller, der sich auf das Verhalten der eigenen Angestellten des Versicherers zu berufen in der Lage ist, wird daher mit Recht als dolos bezeichnet.

Hienach war die Einrede der Beklagten zu verwerfen.

Urteil des I. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 8. Juni 1894 i. S. Urania g. Eberhardt.

8.

1. Welches örtliche Recht ist für Beurteilung der Wirkungen eines Vertrags maßgebend?
2. Bedeutung einer Arbitrage-Klausel im Gedreidehandel, namentlich in Betreff der Feststellung der Probemäßigkeit der Ware.
3. Bedeutung der Einrede, daß der Käufer die Verladungsdokumente nicht rechtzeitig erhalten habe.
4. Anwendbarkeit des Art. 347 H.G.B. bei einem Kauf nach Probe?
5. Notwendiger Inhalt einer Mängelanzeige.

Die Firma Gebrüder von Stolk schloß am 29. Mai 1892 durch ihren Vertreter Livschiß in Mannheim im Wege telephonischer Verhandlung mit der Firma Kirchheimer Sohn einen Vertrag über Lieferung von „1000 Sack Weizen Kansas III — New-Orleans ausgeschlossen — erwartend oder eingetroffen in Rotterdam zum Preise von 15 Mk. pro 100 Kgr. cif Mannheim; Zahlung mit zweimonatlichem Bankrembours gegen Auslieferung der girierten Dokumente." Dem Kauf lag ein von der Firma Kirchheimer Sohn zur Hand genommenes Muster zum Grunde. Vorausgegangen war eine Postkarte von Livschiß an Kirchheimer Sohn vom 27. Mai: „Erwartenden in Rotterdam Kansas (New-Orleans ausgeschlossen) habe zu 15,20 M. cif zu offerieren" mit Erwiderung von Kirchheimer Sohn vom 28. Mai: „Wenn Sie Festoffert in Kansas III — N.O. ausgeschlossen — haben, so erbitte Drahtantwort." Mit Brief an Kirchheimer Sohn vom 29. Mai bestätigte Livschiß den Kaufabschluß. In dem Briefe, welcher das Muster ein „Typemuster" — das heißt ein nur ungefähr die zu liefernde Qualität bezeichnendes Muster — nennt, ist nach Rekapitulation der genannten Bedingungen bemerkt: „Eventuelle Streitigkeiten, welcher Art auch, ohne Ausnahme, werden durch freundschaftliche Arbitrage in Rotterdam, endgiltig entschieden und haben sich solcher Entscheidung beide Parteien gleich einem gerichtlichen Ausspruche zu unterwerfen. Bei Richternennung beider Arbiters innerhalb

48 Stunden, nachdem eine der beiden Parteien Arbitrage verlangt und davon die andere benachrichtigt hat, ernennt das Komitee für Getreidehändler in Rotterdam die Arbiters." Die demnächst von der Klägerin in Rotterdam für die beklagte Firma dem Schiffer übergebene Ware war einer in Galveston (Texas) abgeladenen Schiffsladung entnommen.

Am 2. Juni 1892 schrieb Livschiß an die beklagte Firma unter Uebersendung der Faktura, er bitte für prompte Honorierung der an R. u. Cie. — mit dem Bezugschein — gesandten Tratte über den Kaufpreis mit 14 775 M. Sorge zu tragen. Mit Schreiben vom 4. Juni stellte klägerische Firma das gleiche Ersuchen an die Beklagte. Diese hatte aber schon am 3. Juni an Livschiß geschrieben, sie könne die Entnahme der Klägerin nur schützen, wenn ihr die üblichen Dokumente, 1. das Konnossement und Versicherungspolice, 2. Certifikat, Ursprungsattest beziehungsweise beglaubigte Abschriften ausgefolgt werden; sie bitte, dies innerhalb drei Tagen zu veranlassen, widrigenfalls sie sich alle Rechte vorbehalte. Livschiß erwiderte am 4. Juni, die üblichen Dokumente seien wahrscheinlich dem Bankier der beklagten Firma gesandt; ein Certifikat könne, da der gekaufte Weizen einer ganzen Ladung Tropic entnommen sei, nicht ausgestellt werden; auf Verlangen der Beklagten werde er übrigens die Klägerin veranlassen, der beklagten Firma das Certifikat zukommen zu lassen. Was das Ursprungsattest betreffe, übernehme er auf jeden Fall im Namen der Klägerin die Garantie, daß der Weizen zum Zoll von 3 M. 50 Pfg. eingeführt werde. Mit Brief vom 9. Juni machte aber die Beklagte der Klägerin selbst Mitteilung ihres Schreibens an Livschiß vom 3. Juni mit dem Anfügen: sie habe darauf eine ausweichende Antwort erhalten und sollte im Laufe der Woche ihrem Verlangen nicht entsprochen werden, so müßte sie sich anderweitig decken und die Klägerin für etwaige Mehrauslagen verantwortlich machen. Im Auftrage der Klägerin schrieb Livschiß hierauf an Beklagte am 12. Juni, er habe diese Angelegenheit längst geregelt geglaubt, das Originalkonnossement, sowie das Ursprungsattest befinden sich

bei dem Spediteur Ficks in Mannheim, da diese über ein größeres Quantum ausgestellt seien. Ficks werde der Beklagten dies brieflich bestätigen, eventuell könne Beklagte diese Dokumente auch einsehen lassen. Das Certifikat über die ganze Ladung Tropic sende er anbei und bitte um umgehende Retournierung, hoffentlich werde Beklagte jetzt alles in Ordnung finden. Die Ware war inzwischen — etwa am 12. Juni 1892 — bei dem Spediteur Ficks angekommen, von welchem sich Beklagte sofort Muster verschaffte. Am 14. Juni antwortete sodann Beklagte dem Livschiß, daß sie, nachdem die Verladungsdokumente nicht zur richtigen Zeit eingetroffen seien und sie ihm beim Kauf betont habe, daß sie südliche Abladung nicht kaufe, die Empfangnahme der 1000 Sack Weizen ablehne. Ohnedies entspreche die Ware auch nicht der Kaufprobe. Noch am gleichen Tage ersuchte Livschiß die Beklagte um umgehenden Schutz der Tratte, da ihre Einwendungen unbegründet seien. Falls die Ware nach ihrer Meinung nicht dem Kauf gemäß abgeladen sei, habe Beklagte das Recht, Arbitrage zu verlangen, aber keineswegs das Recht, den Schutz der Tratte zu verweigern. Er ersuche deshalb die Beklagte eventuell um Aufgabe ihres Arbiters und mache sie gleichzeitig darauf aufmerksam, daß die Arbitrage in Rotterdam stattzufinden habe und die Ernennung des Arbiters innerhalb 48 Stunden zu geschehen habe, widrigenfalls das Komitee für Getreidehändler in Rotterdam mit der Ernennung beauftragt werde. Am 15. Juni sandte aber das Bankhaus R. und Cie. der Klägerin mit dem Bezugschein die Tratte zurück, weil sie zur Annahme von der Beklagten nicht ermächtigt worden sei. Mit Schreiben vom gleichen Tage forderte auch Klägerin die Beklagte zur Ernennung ihres Arbiters auf. Beklagte beharrte aber in wiederholtem Schreiben an Livschiß und an die Klägerin auf ihrem Standpunkt, Arbitrage sei nicht vereinbart worden (wohl aber nordische Abladung); auf den inkorrekten Schlußschein des Livschiß vom 29. Mai einzugehen, habe sie keinen Anlaß gehabt, sie habe deshalb keinen Arbiter zu ernennen.

Die auf Anrufen der Klägerin von dem Komitee der

Getreidehändler in Rotterdam ernannte Arbitrage-Kommission (drei Arbiters) forderte mit Schreiben vom 2. Juli 1892 die beklagte Firma auf, sie gleichfalls von dem Sachverhalte zu unterrichten namentlich von den Kaufbedingungen, und ihr Abschriften von den betreffenden Offertbriefen und Depeschen zu senden. Beklagte entsprach dieser Aufforderung nicht, behauptet vielmehr, Protest hierauf eingelegt zu haben.

Die Arbitragekommission trat nun am 12. Juli 1892 zusammen und hat sich „erwägend, daß Kirchheimer Sohn seine „Verweigerung der Partie auf drei Thatsachen gründe: 1. daß „die Verladungsdokumente nicht rechtzeitig geliefert worden „seien; 2. daß er beim Kaufe Abladung von einem südlichen „Hafen der Vereinigten Staaten von Nordamerika ausge„schlossen habe; 3. daß er den Weizen dem Verkaufsmuster „nicht entsprechend betrachte", dahin ausgesprochen:

1. daß es sich nicht zeige, daß die Verladungsdokumente zu spät geliefert seien, indem alle Anfragen des Kirchheimer genügend beantwortet und aufgeklärt worden seien; 2. daß das bestätigende Schreiben des Livschiß eventuelle Unterhandlungen beim Kaufe repräsentiere, indem sich Beklagte mit diesem Bestätigungsschreiben stillschweigend begnügt habe; daß dieses Bestätigungsschreiben die Abladung von den südlichen Häfen nicht ausschließe, sondern nur Abladung von New-Orleans untersage, von welch' letzterem Platze auch nicht abgeladen gewesen; 3. die Arbiter können nicht beurteilen, ob die offerierte Partie Weizen dem Verkaufsmuster entspreche, indem ihnen keine Muster ausgehändigt seien; daß deshalb keine Gründe existieren, worauf Beklagte berechtigt wäre, den Empfang der fakturierten Partie Weizen und die Honorierung der dagegen saldierenden Tratte zu verweigern, obwohl sie innerhalb genügender Zeit die Freiheit habe, im Falle von verneinter Qualitätsdifferenz auf Grund der Muster Arbitrage zu verlangen.

Auf die wiederholte Weigerung der beklagten Firma, den Kansasweizen in Empfang zu nehmen, wurde Klage erhoben mit dem Antrag auf Verurteilung der Beklagten zur Bezahlung des Kaufpreises nebst Zinsen u. s. w. Im Laufe der Ver-

handlung erster Instanz vereinbarten die Parteien, den Zustand der in Mannheim lagernden Ware gemäß Artikel 348 des Handelsgesetzbuches feststellen und dieselbe behufs Vermeidung weiterer Kosten verkaufen zu lassen. Beides geschah. Die Versteigerung ergab einen Erlös von 12 M. 65 Pfg. pro 100 Kgr. Hiernach hat Klägerin den Klagantrag auf Bezahlung der Differenz von 4070 M. 81 Pf. nebst Zinsen gestellt.

Die Klage ist von dem Gerichte erster Instanz abgewiesen worden. Auf Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht dagegen die beklagte Firma klaggemäß verurteilt. Aus den

Gründen:

1. Das örtliche Recht, nach welchem die Wirkungen eines Vertrags zu beurteilen sind, ist in erster Linie dasjenige, welchem die Kontrahenten sich zur Zeit des Abschlusses des Vertrags unterwerfen wollten, in zweiter Linie das Recht des Erfüllungsorts [1]).

Da nun, wie nachher zur Sprache kommen wird, die Parteien unmittelbar nach Abschluß des Vertrags vom 29. Mai 1892 vereinbart haben, daß Streitigkeiten aus demselben durch freundschaftliche Arbitrage in Rotterdam endgiltig entschieden werden sollen, und da die in diesem Fall zu ernennenden Rotterdamer Arbiter doch wohl nur das in Rotterdam geltende Recht anzuwenden in der Lage waren, so ist anzunehmen, daß die Kontrahenten sich diesem Recht bezüglich der Wirkungen des Vertrags unterwerfen wollten. Uebrigens hat man bezüglich der Verpflichtungen der Klägerin aus dem Vertrag jenes Recht auch dann als maßgebend zu erachten, wenn das Recht des Erfüllungsorts anzuwenden ist. Zwar war die Ware „cif Mannheim", welche Klausel die Bedeutung hat, daß der

1) Entsch. des R.G. IX, 227, XXIV, 113. (Gegen die Formulierung, daß das für die Beurteilung der Wirkungen eines Vertrags maßgebende Recht in erster Linie dasjenige sei, dem die Kontrahenten sich haben unterwerfen wollen, vergl. neuerdings Regelsberger, Pandekten. Bd. 1 § 40 VIII, S. 167. Vgl. auch R.G. Bd. 12 Nr. 8 Ziff. 3, S. 36—37. — Anm. d. E.)

Verkäufer Kosten, Versicherung und Fracht (cost, insurance freight oder cost included freight) nach Mannheim übernimmt[1]), zu liefern. Allein aus dieser Klausel, durch deren Vereinbarung der auswärtige Käufer in die Lage gesetzt werden soll, im Voraus zu beurteilen, wie hoch sich die Ware an demjenigen Ort, bis zu welchem jene Kosten übernommen worden sind, berechnet, kann nicht gefolgert werden, daß letzterer Ort der Erfüllungsort sein soll (zu vgl. H.G.B. Art. 345 Abs. 2 S. 2.)

Vielmehr ist im Zweifelsfall anzunehmen, daß der Ort der Handelsniederlassung des Verkäufers, also im vorliegenden Falle Rotterdam, der Ort der Erfüllung der Verbindlichkeit desselben ist.

Da nun aber die Parteien nicht behauptet haben, daß bezüglich der Wirkungen eines Handelskaufs in Rotterdam andere Grundsätze, als die in Mannheim und Heilbronn geltenden Bestimmungen des D.H.G.B., gelten, da ferner dem Gericht das Bestehen solcher anderweiter Grundsätze nicht bekannt ist[2]) und da anzunehmen ist, daß die Bestimmungen des D.H.G.B. über den Handelskauf den im internationalen Handelsverkehr geltenden Grundsätzen also auch dem in Rotterdam geltenden entsprechen, ist es gerechtfertigt, im vorliegenden Fall die Bestimmungen des D.H.G.B. zur Anwendung zu bringen[3]).

2) Der vorige Richter hat aus zutreffenden Gründen angenommen, daß, wenn auch bei dem mündlichen Abschluß des Lieferungsvertrags vom 29. Mai 1892 die Arbitrageklausel von den Kontrahenten nicht ausdrücklich vereinbart worden sei, die Unterlassung von Einwendungen Seitens der Beklagten gegen den Inhalt des unmittelbar auf diesen Vertragsabschluß ergangenen, letztern urkundlich feststellenden Schreibens des

1) Entsch. des R.O.H.G. XIII, 438, vgl. Entsch. des R.G. XIV, 114.

2) zu vgl. das niederl. Handelsgesetzbuch vom 10. April / 1. Okt. 1838 und das nach Art. 1 desselben für Handelssachen subsidiär geltende niederl. bürgerliche Gesetzbuch, Art. 1493—1576.

3) Entsch. des R.O.H.G. II, 28, 40, III, 44, VII, 6, 20, XXIII, 379, XXV, 59. Entsch. des R.G. XXIII, 34. Goldschmidt, Hdb. des H.R., 2. A. I, 385. Bar, Theorie und Praxis, 2. A. I, 134.

klägerischen Vertreters vom gleichen Tage, in welchem die Arbitrageklausel als Vertragsbestimmung aufgenommen ist, in der auf dieses Schreiben innerhalb der darauffolgenden zwei Wochen gepflogenen Korrespondenz nach den im Handelsverkehr herrschenden Grundsätzen von Treu und Glauben die Folge gehabt hat, daß die Beklagte jene Klausel [1]) als vereinbart gegen sich gelten lassen müsse, und daß daher durch den Ausspruch der in Folge der Weigerung der Beklagten, einen Arbiter zu ernennen, von dem Komitee für Getreidehändler in Rotterdam ernannten Arbiter vom 12. Juli 1892 die Einwendungen der Beklagten, daß sie die Verlade-Dokumente zu spät erhalten habe, und daß die Ware in einem südlichen Hafen anstatt in einem nördlichen Hafen verladen worden sei, in rechtsverbindlicher Weise für die Parteien und für das Gericht verworfen seien, indem das jenem Ausspruch zu Grunde liegende Verfahren der Arbiter ohne Grund von der Beklagten bemängelt worden sei. Wenn die Beklagte in letzterer Beziehung noch besonders geltend macht, daß sie von den Arbitern keine Nachricht von dem Termin erhalten habe, und daß sie, wenn dies geschehen wäre, vorsorglich doch noch für Vertretung und rechtliches Gehör gesorgt haben würde, so ist hiegegen zu bemerken, daß die Arbiter ausweislich des von ihnen erlassenen Spruchs einen besonderen Termin zur Verhandlung mit den Parteien nicht festgesetzt, sondern ihren Spruch auf Grund der ihnen vorliegenden vollständigen Korrespondenz der Parteien abgegeben haben, und daß die Behauptung der Beklagten, sie hätte in dem von ihr bezeichneten Fall für ihre Vertretung und für rechtliches Gehör gesorgt, als eine völlig grundlose sich darstellt, da die Arbiter vor Abgabe ihres Spruchs die Beklagte mit Schreiben vom 2. Juli 1892 vergeblich aufgefordert haben, sie von dem Sachverhalt, namentlich von den Kaufsbedingungen zu unterrichten, Abschriften der betr. Offertbriefe und Depeschen

1) bezügl. deren Bedeutung zu vergleichen ist Abh. von Frommer, Zeitschrift für Handelsrecht. XXXIX, 325 ff.; vgl. Entsch. des R.G. XXIV, 492 ff.

zu senden und etwaige sonstige Mitteilungen in der Angelegenheit zu machen.

Uebrigens ist die Verwerfung der beiden erwähnten Einwendungen der Beklagten durch die Arbiter auch materiell gerechtfertigt. Nach dem Vertrag vom 29. Mai 1892 hatte die Beklagte den Kaufpreis in zweimonatlicher Bankrimesse „gegen Auslieferung der girierten Dokumente" zu bezahlen [1]). Welche Dokumente, außer dem Ladeschein (Konnossement) und allenfalls dem Bezugsschein, unter den Verlade-Dokumenten zu verstehen seien, besagt der Vertrag nicht, und es läßt sich mit Grund beanstanden, wenn die Beklagte in dem Brief vom 3. Juni 1892 dem klägerischen Vertreter Livschiß erklärt hat, daß sie, ehe sie die von diesem angekündigte Entnahme der Kläger schützen könne, die Ausfolge nicht bloß des Konnossements, sondern auch der Police, des Certifikats und des Ursprungsattestes binnen 3 Tagen verlange. Möge es sich aber damit verhalten, wie es wolle, so konnte die Beklagte nach dem Vertrag von der Ausfolge der fraglichen Dokumente zunächst nur die Annahme des von der Klägerin auf den Bankier der Beklagten über den Betrag des Kaufpreises gezogenen Wechsels abhängig machen. Dagegen hätte die nicht rechtzeitige Verabfolgung jener Dokumente die Beklagte, da diese nicht behauptet hat, daß sie durch Weiterbegebung der Verlade-Dokumente vor Uebernahme des Weizens in Mannheim über denselben habe verfügen wollen, und an dieser Verfügung wegen nicht rechtzeitiger Einhändigung jener Dokumente verhindert gewesen sei [2]) höchstens dann zum Rücktritt vom Vertrag berechtigt, wenn dieselbe in Folge der verspäteten Ausfolge der Dokumente verhindert gewesen wäre, die Ware zu übernehmen, und wenn die Klägerin in Lieferungsverzug geraten wäre (zu vgl. H.G.B. 355). Dies ist nun nach dem Ergebnis der Verhandlungen nicht der Fall. (Dies wird näher ausgeführt.)

3) Betreffend die Einwendung der Beklagten, daß der von

1) Zu vgl. Entsch. des R.G. XXXI, 100.

2) Zu vgl. Entsch. des R.G. V, 79.

der Klägerin gelieferte Weizen nicht dem Verkaufsmuster entsprochen habe, so hatte auch über diesen Streitpunkt nach der Obigem zufolge als beim Vertragsabschluß vereinbart anzusehenden Arbitrageklausel die Arbitragekommission in Rotterdam zu entscheiden. Denn nach dieser Klausel waren Streitigkeiten aus dem von den Parteien geschlossenen Vertrag, welcher Art dieselben sein mochten, durch Arbitrage in Rotterdam endgiltig zu entscheiden.

Auf diese Entscheidung über die Probemäßigkeit der gelieferten Ware hat nun die Klägerin nicht dadurch verzichtet, daß sie sich im Lauf des Verfahrens erster Instanz mit der Begutachtung der Beschaffenheit der Ware durch von dem Amtsgericht Mannheim zu bestellende Sachverständige und mit dem Verkauf der Ware einverstanden erklärt hat. Denn letzteres ist, wie in erster Instanz festgestellt worden ist, lediglich behufs Vermeidung weiterer Kosten von den Parteien vereinbart worden. Wenn aber die Klägerin der von der Beklagten mit Brief vom 24. Okt. 1892 vorgeschlagenen handelsgerichtlichen Begutachtung der Ware vor deren Verkauf zugestimmt und sich nicht damit begnügt hat, von der gelieferten Ware ein später etwa der Arbitragekommission in Rotterdam vorzulegendes Ausfallsmuster ziehen zu lassen, so findet dies darin seine ausreichende Erklärung, daß die Klägerin sich für alle Fälle, insbesondere auch für den Fall, daß etwa die Arbitrageklausel vom Gericht nicht als vereinbart angesehen werden sollte, ihre Rechtszuständigkeiten wahren, und daß sie, um den im Interesse der Ersparung weiterer Kosten wünschenswerten alsbaldigen Verkauf der Ware zu ermöglichen, der von der Beklagten beantragten gerichtlichen Begutachtung derselben nicht entgegentreten wollte. In der Zustimmung der Klägerin zu dem Verkauf der Ware kann ein Verzicht derselben auf die Geltung der Arbitrageklausel bezüglich der Probemäßigkeit der Ware auch nicht deshalb gefunden werden, weil die Probemäßigkeit im Arbitrageverfahren nach dem Verkauf der Ware nicht mehr hätte festgestellt werden können. Denn einmal liegt das von der Klägerin aus der gelieferten Ware gezogene

Ausfallsmuster vor und sodann haben die Sachverständigen in Mannheim aus dieser Ware nach der Angabe der Beklagten noch ein größeres in Mannheim aufbewahrtes Muster gezogen.

Unerheblich ist es, daß die Klägerin in erster Instanz nicht ausdrücklich behauptet hat, daß auch über die von der Beklagten bestrittene Probemäßigkeit der Ware im Arbitrageverfahren zu entscheiden sei. Denn die Klägerin hat in I. Instanz so viel geltend gemacht, daß die Arbitrageklausel für die Entscheidung der Streitigkeiten der Parteien maßgebend sei, zu welchen Obigem zufolge auch der Streit über die Probemäßigkeit der Ware gehört. Jedenfalls blieb es der Klägerin, da sie bezüglich dieses Streitpunkts auf die Entscheidung im Arbitrageverfahren nicht verzichtet hat, unbenommen, noch in II. Instanz von dem Rechtsbehelf der Arbitrageklausel auch bezüglich der Probemäßigkeit Gebrauch zu machen.

Die Arbitragekommission in Rotterdam hat nun den Ausspruch gethan, daß sie zwar in Ermangelung der Aushändigung des Musters nicht beurteilen könne, ob die offerierte Partie Weizen dem Verkaufsmuster entspreche, daß aber kein Grund bestehe, welcher die Beklagte berechtige, den Empfang der fakturierten Partie Weizen und die Honorierung der dagegen zu saldierenden Tratte zu verweigern, obwohl dieselbe innerhalb genügender Zeit die Freiheit habe, in Fällen von vermeinter Qualitätsdifferenz auf Grund der Muster Arbitrage zu verlangen. Hiemit ist von den Arbitern in Rotterdam in verbindlicher Weise für die Parteien ausgesprochen worden, daß die Beklagte trotz der Beanstandung der Probemäßigkeit der Ware diese zu übernehmen und die wegen des Kaufpreises für dieselbe gezogene Tratte zu honorieren habe, und daß es der Beklagten nur vorbehalten bleibe, innerhalb genügender Zeit wegen der angeblichen Qualitätsdifferenz auf Grund der Muster Arbitrage zu verlangen, d. h. da ihre Verpflichtung zur Empfangnahme der Ware festgestellt worden ist, den wegen der angeblichen Nichtprobemäßigkrit im Weg des Arbitrageverfahrens zu ermittelnden Minderwert am Kaufpreis zu kürzen.

Daß die von den Parteien vereinbarte Arbitrageklausel

diese Bedeutung hat, ergiebt sich auch aus der von der Klägerin in dieser Instanz vorgelegten schriftlichen Aeußerung des Vorstands des Komitees für Getreidehandel in Rotterdam vom 19. Dezember 1893, welches Komitee nach jener Klausel für den Fall der Nichternennung der Arbiter innerhalb 24 Stunden nach der Anzeige des Verlangens der Arbitrage Seitens der einen Partei gegenüber der andern Partei die Arbiter zu ernennen hatte und im vorliegenden Fall wirklich ernannt hat. Wenn die Beklagte jener Aeußerung darum keinen Beweiswert beilegt, weil es sich im vorliegenden Fall nicht um Lieferung des zugesagten Ursprungs und der gleichen Sorte handle, so ist dies nicht zutreffend. Denn unter dem Ursprung der Ware kann nur das Land, in welchem sie erzeugt wird, nicht der Hafen, in welchem sie verladen wird, verstanden werden.

Uebrigens ist Obigem zufolge auch festgestellt, daß der fragliche Weizen nicht in einem durch den Vertrag ausgeschlossenen Hafen verladen worden ist. Was aber die Sorte anlangt, so ist unbestritten, daß der für die Beklagte verladene und derselben in Mannheim zur Verfügung gestellte Weizen Kansas Nr. III gewesen ist.

Daß die Arbitrage im Getreidehandel ein durch die Usance der vornehmsten Getreidehandelsplätze zum Zweck der Entscheidung von Qualitätsdifferenzen bei Kaufsgeschäften geschaffenes Institut ist, und daß die Arbitrage im Zweifelsfall die Bedeutung hat, daß der redhibitorische Anspruch ausgeschlossen wird und der Käufer auch eine minderwertige Ware anzunehmen, der Verkäufer aber, wenn er nicht kontraktmäßige Ware liefert, sich den im Weg des Arbitrageverfahrens d. h. durch Sachverständige festzustellenden Minderwert am Kaufpreis abziehen zu lassen hat, wird überzeugend ausgeführt von Frommer, Zeitschrift für Handelsrecht. XXXIX, 325 ff.[1]).

Konnte aber die Beklagte zufolge des angeführten Anspruchs der Arbiter in Rotterdam die Empfangnahme der Ware wegen angeblicher Nichtprobemäßigkeit nicht verweigern,

1) Zu vergl. auch über den gleichen Handelsgebrauch in Amsterdam für den Baumwollhandel, Entsch. des R.O.H.G. VII, 4.

sondern nur Minderung des Kaufpreises im Arbitrageverfahren verlangen, so ist die auf die Nichtprobemäßigkeit der Ware gestützte Einwendung der Beklagten vermöge der der Klägerin auf Grund der Arbitrageklausel zustehenden replica pacti als im Prozeßverfahren unzulässig zurückzuweisen. Dies kann nun aber nicht die Folge haben, daß die Klägerin gehindert wäre, Erfüllung des Kaufvertrags, bezw. Leistung des an Stelle desselben zufolge Vereinbarung der Parteien getretenen Interesses zu verlangen. Denn die Klägerin hat dadurch, daß sie seiner Zeit in Folge der von der Beklagten erhobenen Einwendungen die Entscheidung der Arbiter in Rotterdam angerufen hat, der Beklagten Gelegenheit gegeben, auch die Einwendung der Nichtprobemäßigkeit der Ware unter Vorlegung der nach der Behauptung der Beklagten in deren Besitz befindlichen Verkaufsprobe im Arbitrageverfahren zum Austrag zu bringen, und damit alles dasjenige gethan, was ihr behufs Erfüllung des Vertrags nach der oben angeführten Bedeutung der Arbitrageklausel obgelegen ist. Wenn nun die Beklagte sich geweigert hat und noch jetzt weigert, die Entscheidung über die Probemäßigkeit der Ware im Arbitrageverfahren herbeizuführen, was dem Ausgeführten zufolge ihre Sache ist, da sie wegen der angeblichen Nichtprobemäßigkeit nur eine Einrede der Preisminderung gegenüber dem Anspruch auf Bezahlung des Kaufpreises hat, und da sie als angebliche Besitzerin der Verkaufsprobe allein die behauptete Nichtprobemäßigkeit zu beweisen in der Lage ist, so handelt die Beklagte dolos, wenn sie die Kürzung des Kaufpreises wegen Nichtprobemäßigkeit der Ware verlangt, ohne die allein zulässige Entscheidung hierüber im Arbitrageverfahren herbeizuführen.

Abgesehen davon wäre, da dem oben Ausgeführten zufolge die Grundsätze des H.G.B. zur Anwendung zu bringen sind, die Beklagte mit der Einwendung der Nichtprobemäßigkeit der Ware nur dann zuzulassen, wenn sie den Vorschriften des Art. 347 H.G.B. Genüge geleistet hat, da andernfalls die Ware als genehmigt gilt. Die Abs. 1 und 2 des cit. Art. finden nämlich auch auf den Kauf nach Probe Anwendung.

Hiegegen spricht nicht etwa die Bestimmung des Abs. 4, vielmehr soll durch dieselbe nur der Auffassung begegnet werden, daß wegen der besonderen Modalität der Prüfung die Billigung der Ware beim Kauf nach Probe ein späteres Zurückkommen auf heimliche Mängel nicht gestatte, wie sich aus der Entstehungsgeschichte des cit. Abs. 4 ergiebt[1]).

Nach dem Wortlaut des Abs. 1 des Art. 347 könnte es nun für genügend erachtet werden, wenn der Käufer innerhalb der daselbst bezeichneten Frist dem Verkäufer die Anzeige macht, daß die Ware nicht von gesetzmäßiger oder vertragsmäßiger, bezw. beim Verkauf nach Probe nicht von probemäßiger Beschaffenheit sei. Allein aus dem Abs. 2, wonach im Fall der Versäumung der in Abs. 1 vorgeschriebenen Anzeige die Ware als genehmigt gilt, soweit es sich nicht um Mängel handelt, welche bei der sofortigen Untersuchung nach ordnungsmäßigem Geschäftsgang nicht erkennbar waren, ergiebt sich, daß die Mängel der Ware vom Käufer dem Verkäufer zu bezeichnen sind. Wenn nun auch die Anzeige der Mängel nicht in das Einzelne einzugehen braucht, so muß sie doch im Allgemeinen dem Verkäufer zu erkennen geben, worin sich die Ware von der gesetzmäßigen oder vertragsmäßigen, beim Verkauf nach Probe von der probemäßigen, Beschaffenheit unterscheidet. Hiefür spricht der Grund der vorgeschriebenen Mängelanzeige, welcher darin besteht, daß der Verkäufer durch dieselbe in die Lage gesetzt wird, zu beurteilen, ob er die Ware zurückzunehmen und unter Umständen anderweitig über dieselbe zu verfügen, oder aber die Zurücknahme abzulehnen und sich den Beweis der ordnungsmäßigen Beschaffenheit der Ware durch Untersuchung und Begutachtung von Sachverständigen zu verschaffen habe.

Auch ist jene Mängelanzeige darum geboten, weil nur diejenigen Mängel, welche innerhalb der gesetzlichen Frist angezeigt sind, rechtlich in Betracht kommen, die Geltendmachung anderer Mängel, soweit sie nicht erst später entdeckt werden

1) Entsch. des R.O.H.G. XIV, 288; vgl. auch S. 156, XVIII, 204. Entsch. des R.G. in Seuffert's Arch. XXXVI, Nr. 65.

konnten, ausgeschlossen ist[1]). Insbesondere ist es auch beim Kauf nach Probe sehr wohl denkbar, daß verschiedene Eigenschaften in Betracht kommen, bezüglich welcher eine Abweichung der gelieferten Ware von der Probe Platz greifen kann, und daher notwendig, daß der Verkäufer vom Käufer darüber ins Klare gesetzt wird, welche Eigenschaften der Probe bei jener Ware nicht vorhanden sind. Die Bezeichnung der Mängel beim Kauf nach Probe ist auch darum erforderlich, weil der Verkäufer sonst gar nicht beurteilen kann, ob Eigenschaften, welche die Probe hat, bei der gelieferten Ware vom Käufer vermißt werden, und ob es sich überhaupt um die Rüge der nicht probemäßigen Beschaffenheit der Ware handelt.

Unter Umständen kann allerdings die Anzeige des Käufers genügen, daß die Ware nicht von probemäßiger Beschaffenheit sei, wenn nämlich der Verkäufer aus andern Erkenntnisquellen zu entnehmen vermag, worin die Abweichung der Ware von der Probe besteht[2]).

Die Beklagte hat nun, nachdem die Ware etwa am 12. Juni 1892 bei Spediteur Ficks in Mannheim angekommen ist, und sie sich Muster derselben verschafft hat, dem klägerischen Vertreter Livschiß mit Brief vom 14. Juni 1892 angezeigt, daß sie, weil die Verlade-Dokumente nicht zu richtiger Zeit eingetroffen seien und sie beim Kauf betont habe, daß sie südliche Abladung nicht kaufe, die Empfangnahme der 1000 Sack ablehne, und sodann in einem erst nachträglich dem Brief beigefügten Satz bemerkt: „Ohnedies entspricht die Ware auch nicht der Kaufprobe“. Diese ganz beiläufige Bemängelung der Probemäßigkeit der gelieferten Ware enthält keine Angabe, in wiefern die Ware von der Probe abweicht. Eine solche Angabe konnte aber die Klägerin um so mehr verlangen, als

1) Hahn, Komm., 2. Aufl. II, 306. Entsch. des R.O.H.G. V, 262, VI, 166, 329, VII, 41, IX, 404, X, 270, XIV, 67, 156. Entsch. des R.G. in Seuffert's Archiv XXXVI, Nr. 65.

2) Entsch des R.O.H.G. XIV, 156, XVIII, 204. Entsch. des R.G. in Seuffert's Arch. XXXVI, Nr. 65, wo auf die entsprechenden Entsch. des R.O.H.G. Bezug genommen wird.

nach dem Bestätigungsschreiben des klägerischen Vertreters Livschitz vom 29. Mai 1892, dessen Inhalt dem oben Ausgeführten zufolge die Beklagte gegen sich gelten zu lassen hat, das Verkaufsmuster ein sog. Typemuster gewesen ist, d. h. ein Muster, welches, wie unbestritten ist, nur ungefähr die zu liefernde Qualität bezeichnet. Denn bei einem derartigen Muster kam besonders in Betracht, ob die Bemängelung der Probemäßigkeit sich auf solche Eigenschaften der Ware bezog, welche die Beklagte bei der eigentümlichen Natur der Verkaufsprobe beanspruchen durfte.

Der vorige Richter ist nun zwar der Ansicht, daß eine genauere Mängelanzeige deshalb nicht notwendig gewesen sei, weil die Arbitrageklausel giltig bestanden habe und daher die Rüge der Beklagten mehr unter den Gesichtspunkt der Anzeige einer von der Arbitrage zu entscheidenden Differenz falle, wofür es einer näheren Präzisierung nicht bedurft habe. Allein wenn man auch annimmt, daß im Fall der Vereinbarung des Arbitrageverfahrens der wesentliche Zweck der Mängelanzeige darin bestehe, daß der Verkäufer möglichst bald erfahre, daß der Käufer sich zur Provokation auf jenes Verfahren für berechtigt halte, und daß daher als verabredet anzusehen sei, daß die nähere Bezeichnung der Mängel für die Ausübung der gesetzlichen Rechte des Käufers bis zur Arbitrage vorbehalten sei[1]), so setzt doch die Zulassung einer Mängelanzeige unter Vorbehalt späterer Spezifikation im Arbitrageverfahren voraus, daß der Käufer wegen der Mangelhaftigkeit der Ware wirklich auf das Arbitrageverfahren anträgt und in diesem die Darlegung der Mängel nachholt. Solches hat aber die Beklagte nicht gethan, vielmehr die ihr von der Klägerin angesonnene Einlassung auf das Arbitrageverfahren abgelehnt und sie lehnt dieselbe auch jetzt noch ab. Die Beklagte vermag sich daher im gegenwärtigen Verfahren nicht darauf zu berufen, daß die Mängelanzeige, deren Ordnungsmäßigkeit sie darzuthun hat, trotz ihrer Allgemeinheit aus dem vom

1) Entsch. des R.O.H.G. XVIII, 204.

vorigen Richter bezeichneten Grund der Vorschrift des Gesetzes entspricht.

Hienach wäre die Einwendung der Nichtprobemäßigkeit, falls solche als in dem Prozeßverfahren zulässig anzusehen wäre, wegen ungenügender Mängelanzeige zu verwerfen.

Urteil des II. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 8. Februar 1894 i. S. von Stolk g. Kirchheimer.

Die gegen dieses Urteil eingelegte Revision ist zurückgewiesen worden.

9.

Gilt die 40jährige Frist der Litispendenz-Verjährung auch bei Wechselforderungen?

Kläger hat gegen die Beklagte als Indossantin eines Wechsels Wechselregreßklage erhoben. Der Prozeß ruhte vom 14. September 1893 bis 27. Januar 1894. Beklagte schützte nunmehr die Einrede der Verjährung vor. Auf Grund derselben wurde die Klage in zweiter Instanz abgewiesen.

Gründe:

I. Mit dem Reichsgericht [1]) ist daran festzuhalten, daß die Wechselverjährung entsprechend ihrer Bezeichnung grundsätzlich eine wahre Verjährung durch Nichtgebrauch ist und daher die landesrechtlichen Verjährungsnormen zur Anwendung zu bringen sind, sofern nicht das wechselrechtliche Verhältnis nach besonderen Vorschriften oder auch ohne solche nach seiner Natur und seinen Bedürfnissen Ausnahmen erheischt.

Die Wechselordnung giebt die Grundsätze über den Anfang und die Fristen der Verjährung, sowie über die Mittel und die Wirkungen der Unterbrechung, und insoweit kommen lediglich die Vorschriften der Wechselordnung zur Anwendung [2]).

Eine besondere Bestimmung über den Wiederanfang der durch Klageerhebung unterbrochenen Verjährung in die Wechsel-

1) Bd. 27 S. 79.

2) R.O.H.G. 19 S. 313.

ordnung aufzunehmen ist nicht für nötig erachtet worden. Es wird — sagen die Motive S. LXXIII zum preuß. Entwurf — äußerst selten vorkommen, daß ein Wechselprozeß liegen bleibt, und für diesen seltenen Fall werden die allgemeinen Rechtsgrundsätze genügen. Hienach beginnt, wenn der Prozeß liegen bleibt, von der letzten gerichtlichen Handlung an eine neue Verjährung zu laufen[1]). Es entsteht aber die bestrittene Frage, ob die neue Frist die ursprüngliche Frist der Wechselordnung Art. 77—79 ist, oder ob im Gebiete des gemeinen Rechts die 40jährige Frist der Litispendenzverjährung auch bei Wechselforderungen zur Anwendung zu kommen hat.

II. Gegen diese Ansicht, welche sich hauptsächlich darauf stützt, daß beim Mangel einer diesfälligen besonderen Bestimmung der Wechselordnung die allgemeinen Grundsätze bezüglich der Verjährung der Litispendenz Platz greifen müssen, kommt in Betracht:

Die Wechselordnung ist zwar eine lex specialis gegenüber dem gewöhnlichen Civilrecht. Aber auch bei einem solchen Spezialgesetz ist die ausdehnende Auslegung nicht ausgeschlossen[2]). Jedenfalls ist, wenn die Worte des Gesetzes unbestimmt sind, es zulässig, mit den Mitteln der logischen Auslegung den Sinn derselben zu erheben. Dafür nun, daß mit den in den Art. 77—79 der Wechselordnung enthaltenen Bestimmungen über die Wechselverjährungsfristen nicht bloß die Dauer der ursprünglichen Verjährungsfristen, sondern auch die Dauer der Verjährungsfristen, welche, wenn nach eingetretener Unterbrechung durch Klageerhebung die Verjährung auf's Neue beginnt, zur Anwendung kommen, normiert werden sollte, sprechen folgende Momente:

1. Die Allgemeine Deutsche Wechselordnung wurde geschaffen mit der Tendenz, einheitliches Recht für das ganze damalige Deutschland zu bilden. Dieser Absicht würde es

1) **Wächter**, Erört. III, S. 96 und S. 36 Note 40; **Wächter**, W. Pr R. II, S. 816.

2) **Wächter**, W.P.R. II, § 23 Note 42 S. 144; **Windscheid**, § 29 Note 3.

nicht entsprechen, wenn bei Wechseln in den Ländern des gemeinen Rechts die besondere Verjährung der Litispendenz, die in Preußen und in den Ländern des französischen Rechts nicht rezipiert war, hätte fortbestehen sollen.

2. Die Natur des Wechselverkehrs forderte Fürsorge dafür, daß nach der Verfallzeit das Wechselgeschäft in kurzer Zeit seiner endlichen Erledigung entgegengeführt werde [1]). Die Bestimmung, daß die Verjährung nur in Beziehung auf denjenigen, gegen welchen die Klage gerichtet ist, unterbrochen werde, ist damit motiviert: die Bestimmung des Braunschweigischen Entwurfs

„daß die Unterbrechung der Verjährung gegen den Aus-
„steller oder einen Indossanten auch gegen den Aussteller
„und alle Indossanten wirke,"

würde den ganzen Zweck der Verjährung vereiteln, welcher eben dahin geht, in nicht zu langer Zeit die Regreßpflichtigen außer Obligo zu stellen. Denn ein Verpflichteter könnte danach eine ganze Reihe von Jahren mit dem Regreß bedroht bleiben ꝛc. [2]). Mit diesem Zweck ließe sich die Aufrechterhaltung einer 40jährigen Litispendenzverjährungsfrist nicht vereinigen.

3) Insbesondere könnten sich auch folgende Inkonvenienzen ergeben:

a) Gegen den Indossanten lauft die in Art. 79 bestimmte Frist der Verjährung seiner Regreßansprüche, wenn gegen ihn die Wechsel-Regreßklage erhoben ist, vom Tage der Klageerhebung an (Art. 79 Schlußsatz). Der beklagte Indossant kann nun seinerseits die Verjährung seiner Regreßansprüche an seine Vormänner nach Art. 80 durch Streitverkündigung unterbrechen. (Da der Beklagte, weil er den Wechsel nicht besitzt, nicht klagen kann, und wenn er ihn erhält, die Verjährung vollendet sein könnte, so wurde ihm die Befugnis gegeben, durch Streitverkündigung die Verjährung zu unterbrechen) [3]). Die neue Verjährung seiner Regreßansprüche kann

1) Motive zum preußischen Entw. S. LIX.

2) Motive, S. LXXIV.

3) Protokolle, S. 199. Thoel, § 196 Ziff. 2 S. 792.

nun nicht ohne Rücksicht auf die Dauer des Vorprozesses wieder von der Streitverkündigung an beginnen. Denn es könnte alsdann die Verjährung gegen ihn ablaufen, und er seine Regreßansprüche verlieren, wenn der gegen ihn anhängige Prozeß länger als 3 Monate dauert. Deshalb muß die durch Streitverkündigung herbeigeführte Unterbrechung der Klagverjährung ihre Wirkung bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Vorprozesses, in welchem die Streitverkündigung erfolgt ist, äußern. Vor rechtskräftiger Beendigung des Prozesses, in welchem die Streitverkündigung erfolgt ist, kann also die neue Verjährung nicht beginnen[1]).

Nun ist aber die Verjährung der Wechselklage nicht etwa für sämmtliche Wechselverpflichtete nach dem Gesetze des Zahlungsorts zu beurteilen. Vielmehr ist das örtliche Recht der Obligation des einzelnen Wechselverpflichteten maßgebend, und es ist die Verjährung der Wechsel- resp. der Wechselregreßklage gegen den einzelnen Wechselverpflichteten nach dessen Gesetze zu beurteilen[2]).

Wenn also im Hauptprozesse der Beklagte, dessen Verpflichtung nach dem gemeinen Recht zu beurteilen ist, einem Vormann, dessen Verpflichtung sich nicht nach gemeinem Recht beurteilt, den Streit verkündigt hat, und nun der Hauptprozeß in Folge der 40jährigen Verjährung der Litispendenz beim Liegenbleiben desselben erst nach mehr als 40 Jahren zur rechtskräftigen Erledigung kommen würde, so müßte in dem späteren Prozesse gegen den Vormann, dessen Verpflichtung sich nicht nach dem gemeinen Recht beurteilt, doch bei der Frage nach dem Wiederbeginn der gegen ihn durch Streitverkündigung unterbrochenen Verjährung mittelbar die 40jährige Litispendenzverjährungsfrist zur Wirkung kommen. Dies würde aber der Absicht des Gesetzgebers sicher nicht entsprechen.

b) Für die Klage gegen den Acceptanten ist in Art. 77 eine vom Verfalltage des Wechsels an laufende 3jährige Verjährungsfrist festgesetzt. Die Festhaltung dieser Frist kann

1) R.O.H.G. 16 S. 362. **Rehbein**, zu Art. 80 der W.O. Note 8 e.
2) v. **Bar**, Lehrbuch, S. 136.

unter Umständen, insbesondere wenn eine größere Anzahl von Indossanten vorhanden ist, die Folge haben, daß derjenige, welcher zuletzt Rembours geleistet hat, gegen den Acceptanten wegen des inzwischen erfolgten Ablaufs der dreijährigen Frist nicht mehr zu klagen im Stande ist. Dieser Konsequenz war die Leipziger Wechselkonferenz sich bewußt. Sie sah aber als entscheidend an, daß die Frist von 3 Jahren lang genug sei, um annehmen zu können, daß der Regel nach das Geschäft abzuwickeln und daher der Regressat nicht in der Lage sein werde, sein Forderungsrecht wegen Ablaufs der Verjährung gegen den Acceptanten zu verlieren [1]). Würde nun aber, wenn der Wechselregreßprozeß gegen den einen oder andern Vormann liegen bleibt, die 40jährige Litispendenzverjährung zur Anwendung kommen können, so würde die erwähnte Erwägung der Wechselkonferenz kaum mehr zutreffend sein.

4. Schon das preußische Gesetz vom 31. Mai 1838, das für Forderungen, welche bald berichtigt zu werden pflegen, kürzere Verjährungsfristen festsetzt, enthält den Grundsatz, daß nach eingetretener Unterbrechung die kurze Verjährung von Neuem beginnt; ein Grundsatz, der auch in Art. 7 des Württ. Verj.=Ges. vom 6. Mai 1852 Aufnahme gefunden hat.

Umsomehr ist man berechtigt zu der Annahme, daß bei der in der Wechselordnung enthaltenen Normierung der Verjährungsfristen die dem Zwecke der Wechselverjährung und der Natur des Wechselverkehrs überhaupt widersprechende 40jährige Litispendenzverjährung des gemeinen Rechts nicht gleichwohl für Wechselansprüche aufrecht erhalten worden sei, daß vielmehr die in der Wechselordnung bestimmten einheitlichen Verjährungsfristen allgemein, auch für den Fall des Liegenbleibens eines Wechselprozesses nach der Erhebung der Klage, beziehungsweise nach der Litis=Kontestation, maßgebend sein sollen.

III. Das Oberlandesgericht schließt sich daher der gegen eine frühere Entscheidung des vormaligen Württ. Obertribunals vom 1. Oktober 1862 im Württ. Archiv, Bd. 6 S. 403 ver=

1) Protokolle, S. 188 der Leipziger Ausgabe, R.O.H.G. 7 S. 42.

tretenen Ansicht an, daß die nach Unterbrechung der Wechselverjährung beginnende neue Verjährung auch im Gebiete des gemeinen Rechts an die kurze Verjährungsfrist der Wechselordnung gebunden ist; (wie dies für das Gebiet des preuß. Allg. Landrechts in der Entsch. des R.G., Bd. 32 S. 358, 359 angenommen ist).

IV. Hienach ist der Wechselregreßanspruch des Klägers gegen die Beklagte durch Verjährung erloschen. Dem seit dem auf 14. September 1893 anberaumten Termin, in welchem beide Teile ausgeblieben sind, war die von da an laufende neue Verjährungsfrist von 3 Monaten (Art. 79 Ziff. 1) abgelaufen, als der Stillstand des Verfahrens durch Zustellung der Ladung, für welche die Beklagte die Terminsbestimmung auf 15. Februar 1894 erwirkt hatte, beendigt wurde.

Urteil des I. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 6. Juli 1894 i. S. Vetter g. Maier.

10.

Erfüllungsort bei Klagen auf das Interesse wegen Nichterfüllung einer Verpflichtung.

Die in Frankfurt wohnende beklagte Firma hat auf dem Fabrikanwesen der Klägerin bei Hall eine Kanalanlage ausgeführt. Sie hat sich für das erste Betriebsjahr verpflichtet, die in Folge von Konstruktionsfehlern veranlaßten Reparaturen auf ihre Kosten auszuführen und hat Garantie für eine nach Zeit und Quantität bemessene Leistungsfähigkeit der Anlage übernommen. Klägerin behauptet, die garantierte Leistung werde nicht erzielt; sie hat deshalb Klage auf Ersatz ihres Interesses erhoben, und zwar bei dem Landgericht in Hall. Beklagte hat die Einrede der Unzuständigkeit erhoben. Dieselbe wurde in Uebereinstimmung mit dem Urteil I. Instanz verworfen aus folgenden

Gründen:

Nach § 29 C.P.O. ist für Klagen auf Feststellung des

Bestehens oder Nichtbestehens eines Vertrags, auf Erfüllung oder Aufhebung eines solchen, sowie auf Entschädigung wegen Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung das Gericht des Orts zuständig, wo die streitige Verpflichtung zu erfüllen ist.

Nach dieser Fassung, welche erst von der Redaktionskommission an Stelle der Fassung des Entwurfs: „wo der Vertrag von dem Beklagten zu erfüllen ist" und der der Justizkommission des Reichstags: „wo der Vertrag zu erfüllen ist" gewählt wurde, ist kein einheitlicher Gerichtsstand für das ganze Vertragsverhältnis geschaffen, sondern kommt es in jedem einzelnen Fall darauf an, wo die konkrete Verpflichtung aus einem Vertragsverhältnis, über welche die Parteien im Prozeß streiten und welche den Klaggegenstand bildet, zu erfüllen ist[1]).

In diesem Prozeß wird nun nicht wegen mangelhafter Lieferung der Eisenteile, Zeichnungen u. s. w., sondern lediglich wegen nicht gehöriger Erfüllung der übernommenen Garantieverpflichtung geklagt und Entschädigung wegen dieser Nichterfüllung gefordert. Bei Interesseklagen wegen Nichterfüllung einer Verpflichtung ist aber nicht etwa der Ort als Erfüllungsort anzusehen, wo die eingeklagte Geldentschädigung zu leisten ist (das wäre die Handelsniederlassung der Beklagten), sondern der Ort, wo die Verpflichtung, wegen deren Nichterfüllung das Interesse verlangt wird, zu erfüllen gewesen wäre[2]).

Dies hat darin seinen Grund, daß die Pflicht zur Interesseleistung nur den Ersatz für die Naturalleistung bildet, die Interesseklage nur eine Umwandlung der Erfüllungsklage ist und daher deren Erfüllungsort teilt, und es muß dies nament-

---

1) Wach, Handbuch des D. Civilprozeßrechts. I, S. 451. Gaupp, Komm. z. C.P.O. 2. Aufl. § 29 Anm. III. Reincke, Komm. z. C.P.O. 2. Aufl. § 29 Note 2a.

2) Wach, I, S. 454. Gaupp und Reincke a. a. O. Seuffert, Komm. 4. Aufl. § 29 Note 3 und Struckmann—Koch, Komm. 6. Aufl. § 29 Note 2. Entsch. des Reichtsgerichts in Civils. Bd. 3 S. 385, 10 S. 352, auch 15 S. 437. Seuffert's Archiv. Bd. 40 Nr. 10. Jahrb. der Württ. Rechtspflege. I, S. 270.

lich dann gelten, wenn — wie hier — nicht etwa bloß über die Höhe der Geldersatzleistung gestritten wird, sondern in erster Linie die Ersatzpflicht selbst im Streit ist, somit die Frage, ob die ursprüngliche, im Vertrag festgesetzte Verpflichtung, wegen deren Nichterfüllung Ersatz verlangt wird, erfüllt ist oder nicht. Hier ist es ganz natürlich, daß auch die Zuständigkeit sich in erster Linie nach dem Erfüllungsort für diese zunächst streitige ursprüngliche Verpflichtung richtet.

Im gegenwärtigen Fall bleibt daher nur zu untersuchen, wo die mit der Garantie übernommene Verpflichtung, wegen deren nicht gehöriger Erfüllung der Ersatz beansprucht wird, die Verpflichtung also, daß die auf dem Grundstück der Klägerin in Hessenthal errichtete Kanalanlage ein bestimmtes Arbeitsresultat erziele, zu erfüllen war, während der Erfüllungsort für die sonstigen Verpflichtungen aus dem zwischen den Parteien bestehenden Vertragsverhältnis oder für das Vertragsverhältnis als Ganzes hieher ebenso unerheblich ist, wie die Natur dieses Vertragsverhältnisses.

Der Erfüllungsort für jene fragliche Verpflichtung, welcher sich nach dem bürgerlichen Recht bestimmt, kann nicht zweifelhaft sein. Es handelt sich um eine in das Fabrikanwesen der Klägerin eingebaute Trockenanlage, um einen integrierenden Teil des klägerischen Fabrikbetriebs und der klägerischen Fabrik. Wie der Erfüllungsort für die in den Briefen vom 6./10. Febr. 1891 zunächst übernommene Reparaturpflicht nur der Ort, wo die Trockenanlage sich befindet, gewesen sein konnte, so steht es auch mit der daselbst übernommenen Garantiepflicht. Die Fabrikanlage soll nach dieser Garantie gewisse Leistungen ergeben, dort soll der nach dem Vertrag zu bewirkende Effekt eintreten. Kann und soll aber eine Leistung nur an einem bestimmten Ort vorgenommen werden, nur an einem bestimmten Ort sich verwirklichen, sich erproben, so ist mit dieser Natur der Leistung auch ihr Erfüllungsort gegeben. Insbesondere wird durch die notwendige Beziehung der übernommenen Leistung zu einer unbeweglichen Sache — und das ist eine in ein Grundstück hineingebaute Fabrikanlage der vor-

liegenden Art — der Ort der Erfüllung naturgemäß bestimmt[1]).

Die mit der Garantie übernommene Verpflichtung, die Leistungsfähigkeit der Anlage, kann sich eben nur da erfüllen, wo die Anlage sich befindet und nach Absicht der Vertragsschließenden sich befinden soll, also in der klägerischen Fabrik.

Hienach ist „die streitige Verpflichtung“ in der Fabrik der Klägerin zu erfüllen und da diese Fabrik im Bezirk des angerufenen Gerichts gelegen ist, so ist dessen Zuständigkeit nach § 29 C.P.O. begründet.

Urteil des II. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 8. Februar 1894 i. S. Fellner und Ziegler g. Mack.

Die gegen dieses Urteil eingelegte Revision ist zurückgewiesen worden.

11.

Unter welchen Voraussetzungen läßt sich eine Berufung noch begründen, die eingelegt wird, nachdem der Berufungskläger den Gegner in der Hauptsache befriedigt hat[2])?

Die Beklagten sind durch die Entscheidung der Vorinstanz zur Bezahlung des mit der Klage geforderten restlichen Kaufschillingsangelds und Ersatzes für bezahlte Accise verurteilt worden, welche Ansprüche von ihnen nur mit der Einrede bestritten waren, daß der Kläger ein gegebenes Versprechen, durch teilweisen Verzicht auf seine für den übrigen Kaufschilling vorbehaltene Pfandsicherheit ihnen die Aufbringung der Zahlungsmittel zu erleichtern, unerfüllt gelassen habe. Sie haben, wie auf Grund der Verhandlung in zweiter Instanz feststeht, den Kläger in der Folge vor Einlegung der Berufung um seine urteilsmäßigen Ansprüche in der Haupt-

1) Windscheid, Pand. § 282 zu und in Note 1. Savigny, System 7, S. 213 f., auch Seuffert, Archiv. Bd. 40 Nr. 9.

2) Vergl. R.G. Bd. 27 Nr. 95 und die dortigen Citate. Bd. 29 Nr. 99; auch Bd. 33 Nr. 103.

sache befriedigt, und dadurch die Uebertragung des gekauften Anwesens in ihr Eigentum gemäß den Kaufsbedingungen erlangt. Bei der Zahlung wollen Beklagte dem Anwalt des Klägers erklärt haben, sie behalten sich die Erhebung der Berufung vor.

Ihre Berufung ist zurückgewiesen (nicht als unzulässig verworfen) worden.

Gründe:

Die Frage, ob die Beklagten angesichts der erfolgten Befriedigung des Klägers um seine urteilsmäßigen Ansprüche noch in der Lage waren, das bezeichnete Urteil mit der Berufung, wie sie von ihnen erhoben ist, anzufechten, beantwortet sich nach der rechtlichen Bedeutung, welche dem stattgehabten Zahlungsakt in Beziehung auf den anhängigen Rechtsstreit zukommt. Hat ein verurteilter Beklagter durch Erfüllung seiner urteilsmäßigen Verbindlichkeit nach seiner ausgesprochenen oder den Umständen zu entnehmenden Absicht sich dem Klaganspruch selbst unterworfen (auf seine Verteidigung gegen denselben Verzicht geleistet), so ist klar, daß der Rechtsstreit hiedurch beendigt, eine Anfechtung des Urteils gegenstandslos geworden ist; eine nachherige Einlegung des Rechtsmittels, wodurch der Beklagte mit seiner eigenen Disposition in Widerspruch treten würde, kann auf rechtliche Beachtung keinen Anspruch machen. In diesem Fall könnte aber auch die Berufung nicht mit dem Zweck begründet werden, eine abändernde Entscheidung hinsichtlich der noch unerfüllten Verbindlichkeit im Kostenpunkt herbeizuführen: einer zu diesem Zweck angestrebten Aenderung der Entscheidung in der Hauptsache wäre nur die Bedeutung einer gerichtlichen Feststellung, daß der eingeklagte Anspruch dem Kläger nicht zugestanden habe, beizumessen, welche Feststellung, auch wenn sie an sich statthaft sein sollte, an dem Mangel eines rechtlich anerkannten Interesses im Sinne des § 231 des C.P.O. leiden würde: ein solches Interesse könnte insbesondere aus der Möglichkeit, mit Hilfe jener Feststellung zu einer abändernden Entscheidung im Kostenpunkt zu gelangen, nicht abgeleitet werden, da der Anspruch auf eine zur bloßen Regulierung des Kostenpunkts vorzunehmende Nachprüfung der

Sachentscheidung durch den Grundsatz des § 94 der C.P.O. ausgeschlossen ist. Anders läge die Sache, wenn der Beklagte dem nicht rechtskräftigen Urteil nur bedingungsweise Folge geleistet, wenn er die Rechtsbeständigkeit seines Zahlungsakts an eine künftige Bestätigung der erstinstanzlichen Entscheidung zu knüpfen beabsichtigt hätte, eine Annahme, die überall da sich nahelegen wird, wo es sich um die Abwendung einer drohenden Zwangsvollstreckung aus einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteil handeln konnte. Daß dem Beklagten in solchem Fall so wenig wie bei dem Mangel jeder nachweisbaren Absicht einer Tilgung des anhängigen Klaganspruchs das Recht versagt werden darf die Erledigung des Rechtsstreits in der gesetzlichen Instanzenfolge herbeizuführen, bedarf keiner weiteren Begründung.

Im vorliegenden Fall kann ungeachtet des Umstands, daß das Urteil des Landgerichts gegen Sicherheitsleistung des Klägers für vorläufig vollstreckbar erklärt war, ein Zweifel darüber nicht bestehen, daß die am 7. April d. J. erfolgte Zahlung der Urteilssumme nebst Zinsen nach der übereinstimmenden Absicht der Beteiligten eine definitive sein sollte, daß von einer Rückgängigmachung derselben im Fall einer abändernden Entscheidung höherer Instanz nicht die Rede sein konnte. Da an die Zahlung des rückständigen Angelds die von der Beklagten ausdrücklich beanspruchte Übergabe des verkauften Hauses als vertragsmäßige Gegenleistung des Klägers sich knüpfte, welche nach der eigenen Darstellung der Beklagten bedingungslos vor sich gegangen ist, so kann im Ernst nicht daran gedacht werden, daß die Beklagten nur eine vorläufige oder bedingte Zahlung geleistet haben, und würde eine erkennbar hervorgetretene Absicht der Beklagten, die Zahlung im Fall der erfolgreichen Durchführung einer Berufung wieder zurückzufordern, ihren Zweck, in den Besitz des Hauses zu gelangen, sicherlich vereitelt haben. Die Beklagten machen daher selbst nicht geltend, daß sie die Wirksamkeit der Rechtsakte vom 7. April d. J. als vom Ausgang einer etwaigen Berufung abhängig betrachtet haben, wie sie in keiner Weise für den Fall

ihres Obsiegens mit dem eingelegten Rechtsmitttel eine Rückforderung ihrer Zahlung in Aussicht stellen.

Es ließe sich denken, daß die Beklagten bei Leistung der Zahlung wenigstens an dem einredeweise erhobenen Anspruch haben festhalten wollen, daß Kläger zu Gunsten desjenigen, von dem sie das Geld erhalten, von seinem Pfandrecht zurücktrete, und daß sie bei einer ihnen günstigen Entscheidung des Rechtsstreits diesen Anspruch nachträglich geltend zu machen beabsichtigt haben. Allein auch diese von der Berufung selbst nicht vertretene Annahme stellt sich als unhaltbar dar, wenn man erwägt, daß die vorbehaltene Pfandsicherheit des Klägers, von deren Realisierung der § 8 der Kaufsbedingungen selbst den Uebergang des Eigentums abhängig machte, einen wesentlichen Bestandteil der Vertragsrechte des letzteren bildete, und eine Tradition des Kaufobjekts vor erledigtem Streit über einen diese Sicherheit schmälernden Anspruch der Beklagten von dem Kläger nicht erlangt und nicht erwartet werden konnte. Die Beklagten konnten nur durch unzweideutige Rechtsverwahrung die eventuelle Befugnis, das Pfandrecht für ihren Darleiher eintragen zu lassen, sich sichern, und Kläger konnte in Ermangelung einer solchen Erklärung nichts anderes annehmen, als daß sie sich mit ihrem Zahlungserbieten rückhaltslos auf den Boden des geschriebenen Vertrags stellen und dem unverkürzten Vollzug seines vertragsmäßigen Pfandrechtstitels — wie dies auch ohne Zweifel geschehen ist — sich unterwerfen werden. Das unbestimmte Inaussichtstellen einer nach Umständen zu erhebenden Berufung, mit welchem der Anwalt der Beklagten sein Zahlungsanerbieten begleitete, war nicht geeignet, der geleisteten Zahlung die Bedeutung einer den Rechtsstreit in der Hauptsache beseitigenden Disposition zu benehmen; dieser in der Hauptsache gegenstandslose Vorbehalt konnte nach der Intention der Beklagten nur die Herbeiführung einer ihnen günstigen Entscheidung im Kostenpunkt bezwecken. Da aber, wie schon gezeigt wurde, einer Anfechtung der Entscheidung in der Hauptsache, welche nach Beseitigung des Klaganspruchs zur Erzielung einer abändernden Verfügung im

Kostenpunkt unternommen ist, der rechtliche Erfolg versagt werden muß, so war nach allem Ausgeführten die in der Hauptsache erhobene Berufung als unbegründet zurückzuweisen.

Urteil des I. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 10. Juli 1894 i. S. Walz g. Nanz.

12.

1. Ist eine Klage auf Ersatz des dem Kläger durch eine Zwangsvollstreckung zugefügten Schadens, die sich darauf stützt, daß der Beklagte das vollstreckbare Urteil durch Betrug erschlichen habe, noch möglich, wenn die Notfrist zur Erhebung einer Restitutionsklage abgelaufen ist[1]?

2. Kausalzusammenhang zwischen Betrug und Schaden.

Der Kläger K. kaufte am 1. März 1891 von dem Beklagten M. ein Pferd um 400 M. zahlbar bis Martini 1891 und 1892 je hälftig. Den hierüber aufgenommenen Schuldschein sollte auch die Ehefrau des Klägers als Solidarschuldnerin unterschreiben. In dem Schuldschein ist weiter gesagt: „die schuldnerischen Eheleute verpflichten sich bei Vermeidung sofortiger Barzahlung dem Gläubiger auf jedes Verlangen genügende Sicherheit zu leisten, sollte das Pferd bälder veräußert werden, so ist obiger Betrag sofort zur Zahlung fällig.“ Die Frau des Klägers verweigerte die Unterschrift. Kläger behauptet, in Folge dieser Weigerung habe Beklagter am 5. März 1891 bei einer Besprechung ihm erklärt: dann wolle er sein Pferd wieder haben, „dann sind wir fertig“, womit Kläger sich einverstanden erklärt habe. Beklagter habe auch das Pferd wieder zurückgenommen. Unterm 6. März 1891 erwirkte Beklagter gegen Kläger einen Zahlungsbefehl bezüglich des Kaufpreises von 400 M., welcher dem Kläger am 7. März zugestellt worden ist. Am 8. März 1891 fand eine weitere Besprechung zwischen Kläger und Beklagten statt, über deren Inhalt Kläger

1) Diese Frage wird bejaht von Kohler im A. f. c. P. Bd. 80 S. 292 ff.

behauptet: auf seinen Vorhalt, wie Beklagter dazu komme, gegen ihn einen Zahlungsbefehl zu erwirken, da er doch nichts zu fordern habe, habe Beklagter erwidert, den Zahlungsbefehl habe nicht er, sondern seine Frau beantragt, der Zahlungsbefehl habe nichts zu bedeuten. Auf des Klägers Bemerkung, er werde den Zahlungsbefehl dahin zurückschicken, woher er gekommen sei und Widerspruch erheben, habe Beklagter gesagt, das sei nicht nötig, Kläger solle nur ihm den Zahlungsbefehl geben, dann zerreiße er ihn oder Kläger solle ihn selbst zerreißen, er verlange ja nichts mehr von dem Kläger. Dieser Versicherung behauptet Kläger, habe er Glauben geschenkt und deshalb die Erhebung des Widerspruches unterlassen. Am 31. März 1891 erwirkte Beklagter gegen Kläger — auf Grund des Zahlungsbefehls — einen Vollstreckungsbefehl, der dem Kläger am 2. April 1891 zugestellt wurde. Am 3. April erklärte Kläger zu Protokoll des Amtsgerichts hiergegen den Einspruch, welcher dem Beklagten (mit Ladung auf 8. April) am 6. April zugestellt wurde. Am 5. April aber hatte wieder eine Besprechung zwischen Kläger und Beklagten stattgefunden, wobei die Parteien darüber übereinkamen, daß Kläger das Pferd wieder übernehmen und den Einspruch zurückziehen solle. Kläger behauptet, dieses Abkommen sei an die Bedingung geknüpft worden, daß auch seine Frau den Schuldschein unterschreibe. Kläger hat aber sofort am 5. April 1891 in einem an das Amtsgericht gerichteten Schreiben dem Amtsgerichte angezeigt, daß er seinen Widerspruch gegen die Pfändung des Beklagten (— dieser hatte am 2. April verschiedene Fahrnis, auch das Pferd, gegen Kläger pfänden lassen —) zurückrufe, es wolle die zur Verhandlung über den Einspruch anberaumte Tagfahrt abbestellt und Beklagter hiervon benachrichtigt werden. Gleichfalls am 5. April 1891 schrieb Beklagter an das Schultheißenamt H., Kläger habe ihn gebeten, den Schuldschein an das Schultheißenamt zu senden, weil seine Frau ihn nun zu unterschreiben bereit sei. Das Schultheißenamt solle diese Unterschrift in möglichster Bälde einholen, um den K.'schen Eheleuten weitere Kosten zu ersparen. Wenn die Frau unterschreibe,

lasse er die Pfändung sofort aufheben. Er bitte um rasche Erledigung, da auf 8. April Tagfahrt zur Verhandlung vor dem Amtsgerichte anberaumt sei und diese Sache vorher erledigt sein solle. Dieses Schreiben hat auch Kläger unterzeichnet. Am 6. April erklärte Kläger dem Schultheißenamt, seine Frau unterschreibe den Schuldschein vorerst nicht, sie wolle sich mit M. mündlich ins Benehmen setzen. Am 8. April erschien bei dem Amtsgerichte, welches auf das bei ihm am 6. April eingekommene Schreiben des Klägers den Termin nicht abbestellt hatte, nur der Beklagte und erwirkte gegen den Kläger ein Versäumnisurteil auf Bezahlung der Kosten. Am 9. April widerrief Kläger bei dem Amtsgerichte die Zurücknahme des Einspruches gegen den Vollstreckungsbefehl. Das Amtsgericht erklärte durch Urteil vom 22. April 1891 den Einspruch für zulässig. Auf Berufung des Beklagten hat aber das Landgericht durch Urteil vom 30. September 1891 den Einspruch verworfen. Auf Antrag des Beklagten vom 28. Nov. 1891 wurde sodann wegen dessen (durch den Verkauf der gepfändeten Fahrnis nicht gedeckter) Forderung gegen den Kläger die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen desselben eingeleitet. Hierbei hat Beklagter selbst das Haus und die meiste Liegenschaft ersteigert. Auf Anzeige des Klägers wurde gegen den Beklagten nun Untersuchung wegen Betrugs eingeleitet. Beklagter ist auch durch Urteil der Strafkammer des Landgerichts Stuttgart vom 31. Mai/1. Juni 1892 wegen an dem Kläger verübten Betrugs zu sechs Monaten Gefängnis, sowie zu der Geldstrafe von 800 M. und zum Verluste der Ehrenrechte auf fünf Jahre verurteilt worden. Die Strafkammer nahm als erwiesen an, daß die Angaben des Klägers über den Inhalt der Unterredungen vom 5. und 8. März 1891 wahr seien und Beklagter sich demnach den Vollstreckungsbefehl durch Betrug verschafft und durch die hiedurch herbeigeführte Verschlechterung der Rechtslage des Klägers dessen Vermögen beschädigt habe. Die vom Beklagten hiergegen eingelegte Revision wurde vom Reichsgerichte zurückgewiesen, wovon Kläger anfangs November 1892 Kenntnis erhielt.

Im April 1893 erhob Kläger die jetzt zur Beurteilung stehende Klage gegen den Beklagten auf Erstattung des ihm durch die Immobiliarexekution zugefügten Schadens im Betrag von 4000 M., gestützt auf die Behauptung, Beklagter habe den Zahlungs- und Vollstreckungsbefehl auf betrügerische Weise erlangt, obwohl ihm ein Anspruch gegen Kläger nicht zugestanden habe. Das Landgericht hat die Klage zurückgewiesen. Die Berufung des Klägers ist von dem Oberlandesgerichte zurückgewiesen.

Gründe:

1. Der Kläger beansprucht den Ersatz des Vermögensschadens, welcher ihm, wie er angiebt, durch den Vollzug des Vollstreckungsbefehls vom 31. März 1891 im Weg des Zwangsverkaufs seiner Liegenschaft zugefügt worden ist. Er begründet die Ersatzpflicht des Beklagten mit der Behauptung eines arglistigen und bezw. betrügerischen Verhaltens, womit dieser den in Frage stehenden Zahlungs- und Vollstreckungsbefehl sich verschafft habe und scheint hieran die Folgerung zu knüpfen, daß auch die Vollziehung des Vollstreckungsbefehls eine widerrechtliche Handlung des Beklagten, die die ihn für die eingetretenen Folgen haftbar mache, gewesen sei.

Der Unterrichter hat zutreffend ausgeführt, daß der Vollstreckungsbefehl, auf Grund dessen die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen des Klägers eingeleitet wurde, durch die den Einspruch des letzteren verwerfende Entscheidung des Landgerichts vom 30. September 1891 unanfechtbar geworden war. Einwendungen gegen den Anspruch des Gläubigers, die sich auf Thatsachen aus der Zeit vor Zustellung des Vollstreckungsbefehls gründeten, waren ordentlicher Weise nur mit Hilfe des Einspruchs, dessen giltige Erhebung den Zahlungs- und Vollstreckungsbefehl ohne weiteres außer Kraft setzte, zur Geltung zu bringen (§ 640 der C.P.O.). Durch den in dem erwähnten Berufungsurteil festgestellten Verzicht des Klägers auf den Einspruch war der unternommenen Einlegung desselben die Wirkung wieder entzogen worden, wodurch der Vollstreckungsbefehl die Natur einer rechtskräftigen Entscheidung erlangte.

Nachdem in dem Strafverfahren, welches auf die Einleitung der Zwangsvollstreckung folgte, der Beklagte auf Grund der Feststellung, daß er durch die Erwirkung des Zahlungs- und Vollstreckungsbefehls gegen den Kläger sich eines Betrugs im Sinne des § 263 des St.G.B. schuldig gemacht habe, rechtskräftig zur Strafe verurteilt worden ist, lag eine Thatsache vor, die als gesetzlicher Grund für eine Wiederaufnahme des Verfahrens im Weg der Restitutionsklage gegen den rechtskräftigen Vollstreckungsbefehl (§ 543⁴ § 544 der C.P.O.) geltend gemacht werden konnte. Der Erfolg eines solchen Wiederaufnahmegesuchs war freilich davon abhängig, daß Kläger ohne sein Verschulden außer Stand gewesen war, das strafbare Verhalten des Beklagten in dem früheren Verfahren geltend zu machen (§ 545 der C.P.O.), in welcher Hinsicht zu seinen Ungunsten in Betracht kommen konnte, daß er schon bei Anmeldung seines Einspruchs zu Protokoll der Gerichtsschreiberei in Ludwigsburg (3. April 1891) das unredliche Verhalten des Beklagten in Beziehung auf die Erwirkung des Zahlungs- und Vollstreckungsbefehls angegeben, in der Folge aber gleichwohl das den Einspruch widerrufende Schreiben an das Amtsgericht vom 5. April 1891 unterzeichnet hatte. Die Frage, ob Kläger durch Verzichtleistung auf den Einspruch, mittelst dessen er dem betrüglich erwirkten Schuldtitel seine Wirksamkeit entziehen konnte, auch des subsidiären Hilfsmittels einer Restitutionsklage sich begeben hat, kann übrigens dahin gestellt bleiben, da Kläger eine solche Klage nicht, insbesondere nicht während der Notfrist des § 549 der C.P.O., erhoben hat.

Kläger ist der Meinung, daß es einer Beseitigung des Vollstreckungsbefehls für den Zweck seiner jetzigen Rechtsverfolgung überhaupt nicht bedürfe, weil die Rechtskraft desselben dem nun erhobenen Schadensersatzanspruch nicht im Wege stehe. Er verkennt hiebei den Sinn der unterrichterlichen Entscheidung, als ob durch letztere die Klage auf Grund einer exceptio rei judicatae abgewiesen wäre. Der Unterrichter hat nicht aus dem in Rechtskraft übergegangenen Inhalt des Vollstreckungsbefehls den Schluß gezogen, daß über den

Klaganspruch in gegenteiliger Weise bereits entschieden sei, sondern er folgert aus der eingetretenen Unumstößlichkeit des Vollstreckungsbefehls, daß in der Benützung desselben durch den Beklagten keine denselben haftbar machende Gesetzwidrigkeit liege, wogegen Kläger von seinem richtig begriffenen Standpunkt aus die Vollziehung desselben mit ihrer unmittelbaren wie mit den geltend gemachten entfernteren Folgen als rechtswidrig hätte darthun müssen. Der Standpunkt, welchen der Unterrichter einnimmt, ist jedoch als der richtige anzuerkennen. Die Prozeßordnung hat das Mittel gewährt und in bestimmten Grenzen vorgezeichnet, um einer rechtskräftigen Entscheidung im Interesse der entgegenstehenden materiellen Wahrheit ihre rechtliche Geltung zu entziehen; seine erfolgreiche Anwendung ist auch geeignet, im Fall eines stattgefundenen Vollzugs der Entscheidung dem Schuldner ein Rückforderungsrecht und nach Umständen einen Schadensersatzanspruch gegen den Gläubiger, der diesen Vollzug veranlaßt hat, zu verschaffen. Das Gesetz hat hiebei insbesondere auch den Fall vorgesehen, wenn die anzugreifende Entscheidung durch eine in Beziehung auf den Rechtsstreit verübte strafbare Handlung des Gegners oder seines Vertreters erwirkt worden ist, und auch gegen die hiedurch geschaffene falsche Rechtslage das subsidiäre Hilfsmittel der Restitutionsklage (nebst der Möglichkeit der Wiedereinsetzung gegen die Versäumnung der bezüglichen Notfrist aus § 211 der C.P.O.) gegeben. Hieraus ergiebt sich aber auch, daß das Gesetz außerhalb des bezeichneten Weges die Rechtsbeständigkeit einer vollstreckbaren Entscheidung dem Angriff des Gegners nicht ausgesetzt wissen will, und daß es für einen Rückforderungs- oder Ersatzanspruch, der mit Umgehung des Wiederaufnahmeverfahrens auf ein in der Entscheidung liegendes materielles Unrecht sich stützen (eine ihr zu Grund liegende strafbare Handlung des Gegners zum Gegenstand der Erörterung und Beweisführung im ordentlichen Prozeß machen) will, keinen Raum läßt. Kläger kann die seinem Anspruch entgegentretende Einrede, daß der Beklagte durch die Zwangsvollstreckung sein Recht ausgeübt habe, nicht durch

eine gegen die Rechtmäßigkeit des Vollstreckungstitels gerichtete Einwendung entkräften.

II. Der Anspruch des Klägers Berufungsklägers leidet übrigens auch an einer Unvollständigkeit seiner materiellen Begründung. In der Entscheidung des Strafrichters ist zwar festgestellt, daß der Beklagte den Vollstreckungsbefehl vom 31. März 1891 durch Betrug sich verschafft und durch die hiedurch herbeigeführte Verschlechterung der Rechtslage des Klägers dessen Vermögen beschädigt habe. Dagegen ist unentschieden geblieben, welchen Einfluß die Verabredung der Parteien vom 5. April 1891, auf Grund deren der Kläger das den Einspruch zurückziehende Schreiben an das Amtsgericht und gleichzeitig das Schreiben an das Schultheißenamt H., letzteres gemeinschaftlich mit dem Beklagten unterzeichnet hat, auf die Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit der späteren Vollstreckung des erwirkten Schuldtitels haben konnte. Kläger hat hiebei zweifellos, wie das letztere Schriftstück selbst zum Ausdruck bringt, seine Bereitwilligkeit zur Festhaltung des Pferdekaufs zu erkennen gegeben, er hat dem Beklagten auch den Beitritt seiner Ehefrau, deren Unterschrift durch Vermittelung des Schultheißenamts beigebracht werden sollte, in Aussicht gestellt und in der augenscheinlichen Erwartung, daß dieser Beitritt erfolgen werde, zu dem Widerruf seines Einspruchs sich verstanden. Daß er dies unter dem Einfluß eines neuen Betrugs oder eines widerrechtlichen Zwangs von seiten des Beklagten gethan hätte, dafür sind bestimmte thatsächliche Anhaltspunkte von ihm selbst nicht bezeichnet. Der Beklagte hatte, wie aus jenem Schreiben hervorgeht, für den Fall der Unterschrift der klägerischen Ehefrau die sofortige Aufhebung der veranlaßten Vollstreckungsmaßregel zugesagt, eine weitere Verpflichtung aber, soviel ersichtlich ist, nicht übernommen. Hienach scheint Kläger lediglich im Vertrauen auf die Willfährigkeit seiner Ehefrau und in dem eigenen Wunsch, das gekaufte Pferd zu behalten, von seiner Rechtsverteidigung gegen den erlassenen Vollstreckungsbefehl abgestanden zu sein, und konnte aus seinem eigenen Verhalten die ihm nachteilige Konsequenz gezogen werden,

daß er für den Fall des Fehlschlagens seiner Zusage in Betreff der Mitverbindlichkeit seiner Ehefrau dem Anspruch des Beklagten, wie er im Vollstreckungsbefehl festgestellt war, freiwillig sich unterworfen habe. Unter diesen Umständen kann aber nicht ohne weiteres aus der Thatsache der betrüglichen Erlangung des Vollstreckungsbefehls auf die Unredlichkeit des Beklagten in Beziehung auf die spätere Vollziehung desselben geschlossen werden, und war es Sache des Berufungsklägers, darzulegen und nachzuweisen, daß auch die Durchführung der Zwangsvollstreckung, welche die unmittelbar wirkende Ursache seines behaupteten Schadens war, eine arglistige Handlungsweise des Beklagten in sich schließe, in welcher Hinsicht es an jeder thatsächlichen Aufstellung von seiner Seite fehlt.

Urteil des I. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 5. Januar 1894 in S. Krämer g. Marx.

Die gegen dieses Urteil eingelegte Revision ist zurückgewiesen worden, weil jedenfalls die oben unter Ziff. II wiedergegebenen Gründe die Abweisung der Klage rechtfertigen, so daß eine Prüfung der Richtigkeit der unter I gegebenen Begründung unterbleiben könne.

13.

Erfüllungsort für die Bezahlung eines Kaufschillingsrests, wenn ein Teil des Kaufpreises gegen Uebergabe der Ware am Ort der Uebergabe bezahlt worden ist?

Kläger hat gegen den in Eßlingen wohnhaften Beklagten bei dem Landgericht Ulm Klage auf Bezahlung eines Viehkaufschillingsrests von 362 M. erhoben. Der Kauf war in einem Ort des OA. Göppingen abgeschlossen worden, wo Beklagter gegen Uebergabe des gekauften Viehs an dem Kaufpreis von 667 M. sofort 300 M. bezahlt hatte. Die vom Beklagten bestrittene Zuständigkeit des Landgerichts Ulm hat Kläger auf § 29 C.P.O. gestützt und mit dem Hinweis darauf zu begründen

versucht, daß es sich um ein Zug um Zug zu erfüllendes Handelsgeschäft gehandelt, demgemäß Beklagter den Kaufpreis am Ort der Uebergabe zu entrichten gehabt und dieser einmal gegebene Ort der Vertragserfüllung durch die Anborgung eines Teils des dort zu entrichtenden Kaufschillings sich für diesen Teil nicht geändert habe. Außerdem hat er behauptet, die Parteien haben ausdrücklich Erfüllung am Ort des Kaufsabschlusses vereinbart. Das Landgericht Ulm hat sich für unzuständig erklärt und die gegen dieses Urteil eingelegte Berufung ist zurückgewiesen worden.

Gründe:

Der Kläger hält die Zuständigkeit des Landgerichts Ulm, als des Gerichts des Erfüllungsorts, deshalb für begründet, 1. weil ein Handelskauf, bei welchem Zug um Zug zu erfüllen gewesen sei, vorliege und hieraus für den Beklagten die Verpflichtung erwachsen sei, an dem Orte wo er der Natur des Geschäfts entsprechend von Anfang an zu bezahlen gehabt hätte, nun auch die nachträgliche Erfüllung zu bewirken, 2. weil die Parteien ausdrücklich die Erfüllung in Uhingen verabredet haben. Seine Auffassung in ersterer Richtung ist aber unrichtig. Soweit „Zug um Zug" gehandelt wird, bringt allerdings die Verpflichtung, die erkaufte Ware beim Empfang zu bezahlen, von selbst auch die Verpflichtung mit sich, die Zahlung an dem Ort, wo der andere Teil leistet, zu leisten. Aber wo gleich beim Kaufsabschluß oder unmittelbar nachher die Leistung „Zug um Zug", die sog. bare Bezahlung des Kaufpreises, im Ganzen oder zu einem Teil im Weg der Vereinbarung ausgeschlossen, der Kaufpreis ganz oder teilweise angeborgt wird, kann von jener Verpflichtung nicht mehr die Rede sein. Weder das Gesetz kennt eine solche, noch ist sie in der Natur der Sache begründet. In letzterer Richtung hat kein Teil ein Interesse daran, gerade an dem Platz, wo mehr oder weniger zufällig die Kontrahenten zusammentreffen und einen Kauf abgeschlossen haben, nun auch in einem späteren Zeitpunkt die Verpflichtung des Käufers erfüllt zu sehen. Vom Gesetz aber ist dem Platzgeschäft, dessen rechtliche Natur nach

der Auffassung des Klägers für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits maßgebend sein soll, nicht die Eigenschaft beigemessen, daß es hinsichtlich des Zahlungsortes (des Erfüllungsorts des Käufers) eine Festsetzung, insbesondere dahin, daß die Zahlung an dem Orte zu erfolgen habe, wo die Ware übergeben wird, stillschweigend enthielte. Das Platzgeschäft hat sein unterscheidendes Merkmal lediglich darin, daß die Ware dem Käufer nicht von auswärts zugesandt, sondern am Platz vom Verkäufer übergeben wird. Das ist aber mit der allgemeinen gesetzlichen Regel, daß hinsichtlich der Verpflichtung des Käufers der Ort seiner Handelsniederlassung, beziehungsweise sein Wohnort als Erfüllungsort gelte, durchaus vereinbar. Und selbst wenn — mit dem Kläger — anzunehmen wäre, daß das Platzgeschäft ein Handeln Zug um Zug bedinge, so wäre eben im vorliegenden Fall die Wirkung in so weit vertragsmäßig ausgeschlossen, als die Parteien über eine Anborgung des Kaufpreises sich verständigt haben; und ebendamit fiele auch die Wirkung hinsichtlich der Bestimmung des Erfüllungsortes weg. Der Kläger hat sich auf eine Entscheidung des Reichsgerichts [1]) berufen, welche — nicht gerade im Sinn seiner Ausführungen — den angeführten Umständen des dort erörterten Falles die Bedeutung beimißt, daß sie für die Absicht der Kontrahenten, den Ort der Uebergabe der Ware als Erfüllungsort für den Käufer anzusehen, beweisend seien. Ein Schluß auf eine gleiche Absicht der Parteien im vorliegenden Fall läßt sich aus dieser, aus den Verhältnissen des konkreten Falles argumentierenden, Entscheidung nicht ziehen; nicht einmal die Gründe, welche dort für die Annahme des Gerichtes sprechen, lassen sich auf den gegenwärtigen Fall anwenden; denn es lag in dem dort entschiedenen Rechtsstreit die Sache insbesondere insofern ganz anders, als der Ort der Empfangnahme der Ware zugleich der Ort der Niederlassung der Verkäuferin war.

(Weiter wird ausgeführt, daß die Behauptung, die Parteien

---

1) Bd. XIII, S. 411 f.

haben ausdrücklich Erfüllung am Ort des Kaufabschlusses vereinbart, nicht stichhaltig sei).

Urteil des II. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 8. November 1894 i. S. Waldenmaier g. Lauchheimer.

14.

Haftung eines Loshändlers dafür, daß der von ihm für ein geliefertes Los angesetzte Preis dem Tageskurs entspricht.

Kläger hat bei dem Beklagten — einem mit Geschäften in Losen und Effekten sich befassenden „Agenten" — im Januar 1889 ein 3%iges Türkenlos über 400 Fs. gekauft und in Raten bezahlt. Das Los hatte damals einen Wert von etwa 42 M., 1894 einen solchen von etwa 90 M. Kläger will für das Los 457 M. bezahlt haben, weil Beklagter im vorgespiegelt habe, das Los sei 450—460 M. wert, und verlangt — gegen Rückgabe des Loses — die angeblich dafür bezahlten 457 M. zurück. Beklagter bestreitet, daß Kläger ihm die 457 M. für das fragliche Türkenlos bezahlt habe, für das der Kläger nur 20—26 Raten zu 8 M. bezahlt habe; weiter macht Beklagter geltend; er habe den Wert des Loses nicht gekannt und dasselbe nicht für eigene Rechnung, sondern für eine dem Kläger bezeichnete Münchner Firma verkauft. In zweiter Instanz ist auf einen Eid des Klägers darüber erkannt worden, daß die von ihm dem Beklagten bezahlten 457 M. der Kaufpreis für das Türkenlos gewesen seien.

Gründe:

Mit Recht hat der Unterrichter die auf enorme Verletzung gestützte Klage auf Grund des Art. 286 des H.G.B. abgewiesen, indem er dem Beklagten als gewerbsmäßigem Vermittler von Handelsgeschäften auf Grund des Art. 272 Nr. 4 des H.G.B. Kaufmannscharakter beigelegt und des Weiteren auf die vorliegende bei dem Beklagten gemachte Bestellung des Klägers die Art. 274 und 277 des H.G.B. zur Anwendung gebracht hat.

In zweiter Linie ist der Klaganspruch auf die Behauptung gegründet worden, daß der Beklagte dem Kläger mit Bezug auf das in Rede stehende, von dem Kläger laut der Urkunde vom 20. Februar 1890 beim Beklagten „bestellte“ und in der Folge mit 457 M. bezahlte Türkenlos im Kurswert von ca. 40 M. wider besseres Wissen gesagt habe, ein solches Los koste im Handel 450—460 M.; der Beklagte, welcher damals auch andere Ratenlose als Agent vertrieben habe, habe den (Kurs-)Wert des Loses kennen müssen, habe er ihn nicht gekannt, so hafte er dafür, daß der verlangte Preis der angemessene sei. Dieser Angriff trifft zu. Wer bei einem Los- und Effektenhändler oder bei einem mit derartigen Geschäften sich befassenden Agenten eine Bestellung macht, geht selbstredend davon aus, verläßt sich darauf und darf sich, ohne sich dem Vorwurf eigener Verschuldung auszusetzen, darauf verlassen, daß der ihm geforderte Preis sachgemäß d. h. ein dem Tageskurs unter angemessenem Zuschlag für Verstattung ratenweiser Zahlung und für Provision (zu vgl. H.G.B. Art. 290, 376 Abs. 2) entsprechender sei. Wird ihm ein höherer Preis gefordert, so mißbraucht der Fordernde, wenn er den Kurswert gekannt hat, gegen Treu und Glauben, und wenn er ihn nicht gekannt hat in um so fahrlässigerer Weise, je größer die Differenz zwischen dem wirklichen und dem mit der Preisforderung vorgegebenen Kurs ist, das Vertrauen seines Kunden, daß der geforderte Preis der sachgemäße sei, zur Uebervorteilung desselben, handelt also im ersten Fall dolos, im letzten kulpos — und zwar überall innerhalb eines Vertragsverhältnisses mit dem Kunden, sei es des Kaufs, der Kommission oder des gewöhnlichen Auftrags zu einem Handelsgeschäft (H.G.B. Art. 360 Abs. 3). Welcher dieser drei konkreten Fälle vorliegend zutrifft, kann dahin gestellt bleiben, da in allen Fällen ein Vertragsverhältnis zwischen dem Kläger und dem Beklagten, aus welchem der Beklagte dem Kläger auch für jegliche Fahrlässigkeit haftet, gegeben ist. Zugleich erhellt, daß ferner dahin gestellt bleiben kann, ob der Beklagte zur Zeit des Geschäftsabschlusses bzw. der Lieferung des Loses

den Kurswert desselben gekannt hat oder nicht, da er den Ausgeführten zu Folge im einen wie im andern Falle dem Kläger das Interesse, welches derselbe daran hat, daß ihm ein sachgemäßer Preis gefordert worden wäre, zu vergüten hat. Einleuchtend ist endlich, daß der Kläger, welcher das Los kaufte, um damit einen Gewinn zu machen, durch Behalten des Loses, auch nachdem er dessen Minderwert erfahren hatte, seines Anspruchs auf Vergütung seines Interesses hieran ebensowenig verlustig ging, als wenn das Los nachgehends im Kurse stieg oder mit einem noch so hohen Gewinn gezogen worden wäre; nur daß sich letzternfalls für die Modalität der Interesseforderung aus der Unthunlichkeit der Rückgabe des Loses eine Schranke ergeben hätte. Im vorliegenden Fall ist nun aber diese Modalität von beiden Teilen auf die Rückgewähr des bezahlten Kaufschillings nebst Zinsen gegen Rückgabe des Loses nebst Zinsabschnitten festgestellt worden, so daß es einer richterlichen Feststellung hinsichtlich der Interesseforderung des Klägers lediglich noch in Absicht auf die zwischen den Parteien strittige Frage bedarf, was Kläger dem Beklagten für das Los bezahlt hat? (Es wird nun ausgeführt, daß schon jetzt bescheinigt sei, daß Kläger für das Türkenlos 457 M. bezahlt habe und es sich daher rechtfertige, dem Kläger einen richterlichen Eid über diesen Punkt aufzuerlegen.)

Urteil des II. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 28. Juni 1894 i. S. Schmid g. Bischoff.

15.

Haftung eines Bankhauses aus dem Verkauf von Aktien für unrichtige, zu deren Empfehlung gemachte Angaben?

Kläger hat von der inzwischen aufgelösten Firma Robert Otto und Comp., Bankhaus in Stuttgart, deren Teilhaber Albert Th. Otto und Reinhold R. Otto waren, im Juni 1889 10 Aktien à 1000 fl. österreich. W. der österreich. Champagner-Fabrik-Aktiengesellschaft in Wien und 50 Shares der American

Champagne Company à 100 Dollars zum Preise von je 110 % gekauft und den Kaufpreis zusammen im Betrage von 42 188 M. bezahlt. Beide Gesellschaften, welche, wie die Aktiengesellschaft Deutsche Schaumweinfabrik Wachenheim, die Herstellung von Schaumwein nach den Patenten des Adolph Reihlen in Stuttgart bezweckten, prosperierten nicht. Mit der im September 1891 erhobenen Klage beantragte Kläger unter dem Erbieten, die Aktien zurückzugeben, die Verurteilung der Beklagten A. Th. Otto und R. Otto in solidarischer Haftung zur Erstattung des gezahlten Kaufpreises nebst Zinsen. Die Klage wurde in erster Linie darauf gestützt: der die Verhandlungen über den Aktienkauf mit dem Kläger führende Albert Th. Otto habe ihn durch betrügliche Vorspiegelungen und Verschweigungen zum Kaufe der — wertlosen — österreichischen und amerikanischen Aktien bestimmt. Zur Begründung dieser Behauptung bezog sich Kläger auf eine Reihe von ihm angeführter Umstände, insbesondere aber auf zwei Briefe des A. Th. Otto vom 4. und 14. Juni 1889, in denen dieser dem Kläger den Kauf offerierte bezw. ihm von der Zuteilung der Aktien Kenntnis gab, sowie auf den dem ersten Briefe beigelegten Prospekt, betreffend die österreichische und die amerikanische Gesellschaft, sofern hierin auf die äußerst günstigen Ergebnisse der Wachenheimer Gesellschaft hingewiesen und in dieser Richtung hervorgehoben wurde, der Nettogewinn derselben sei schon für das erste Geschäftsjahr (1888) — bei einem Kapital von einer Million — 233 000 M. (21 %), obwohl die Fabrik erst gegen Ende des Jahres in volle Leistungsfähigkeit gekommen sei, und daß die Fabrikation unter gleichen Verhältnissen für die Zukunft weit günstiger beurteilt werde. Die Deutsche Schaumweinfabrik Wachenheim hatte in der That in ihrem vom 27. April 1889 datierten Geschäftsberichte pro 1888 den angegebenen Nettogewinn vorgetragen. Es ist jedoch in diesem Prozesse festgestellt, daß sich unter diesem Gewinne auch der Anteil der Wachenheimer Gesellschaft an dem erst im Jahre 1889 bezahlten Erlöse aus dem Verkaufe der Reihlen'schen nordamerikanischen Patente im Betrage von mindestens 140 250 M.

befand. Weiter hat Kläger zur Klagebegründung geltend gemacht: Beklagte haften nicht allein als Verkäufer sondern auch als Emissionshaus und Gründer selbst für leichtsinnig und fahrlässig bei Empfehlung der Aktien gemachte unrichtige Angaben; ihre Haftung für Fahrlässigkeit sei auch nach den hier einschlagenden Grundsätzen über das Mandat und die Pflichten des Kommissionärs anzunehmen.

Das Gericht erster Instanz hat die Beklagten klaggemäß verurteilt. Auf Berufung der Beklagten erkannte das Berufungsgericht auf den dem Albert Th. Otto zugeschobenen Eid, es sei nicht wahr, daß er spätestens bei Empfang des Briefes des Klägers vom 15. Juni 1889 (mit welchem die Kaufsverhandlungen zum Abschlusse gekommen), gewußt habe, daß in dem in der Wachenheimer Bilanz pro 1888 berechneten Nettogewinn der Anteil der Wachenheimer Gesellschaft am Erlöse aus den amerikanischen Patenten des Reihlen enthalten gewesen sei. Von der Leistung des Eides ist die Abänderung des Urteiles erster Instanz und die Abweisung der Klage, von der Verweigerung des Eides die Zurückweisung der Berufung abhängig erklärt. Aus den

Gründen:

I. Der Kläger stand zu der Firma: Robert Otto und Comp. nicht in einem die letztere zur Auskunfts- oder Raterteilung verpflichtenden Rechtsverhältnisse, so daß die genannte Firma, beziehungsweise deren Teilhaber nicht bloß wegen arglistigen Verhaltens, sondern schon wegen culpa bei der Empfehlung der Aktien, beziehungsweise bei der Auskunftserteilung über die Verhältnisse der betreffenden Aktiengesellschaften haftbar wären. Ein allgemeiner Rechtssatz, wornach die bei der Gründung einer Aktiengesellschaft beteiligten Personen oder die sogenannten Emmissionshäuser wegen jeder culpa bei Empfehlung von Aktien den Käufern derselben haften würden, besteht nicht, und es folgt ein solcher Satz auch nicht aus den Bestimmungen des H.G.B. resp. des Gesetzes vom 18. Juli 1884. Es handelte sich unter den Parteien weder um einen Kommissionsauftrag, noch um ein unentgeltliches oder

entgeltliches Mandat. Es bestand auch unter den Parteien nicht etwa eine Geschäftsverbindung, in Folge welcher der Kläger, gemäß dem vom Reichsgericht [1]) zur Anwendung gebrachten Rechtsgedanken hätte annehmen dürfen, daß die Firma: Otto und Comp. für jedes bei der Empfehlung der Aktien begangene Versehen ihm haftbar sei.

Vielmehr stand die Firma: Otto und Comp. lediglich als Verkäuferin dem Kläger als Käufer gegenüber. Nachdem in dem Briefe vom 4. Juni 1889 Albert Th. Otto Namens der Firma Otto und Comp. dem Kläger 10—20 Aktien à 1000 fl. der in der Gründung begriffenen österreichischen Champagner-Fabrik-Aktiengesellschaft unter Uebersendung des Prospektes vom April 1889 zum Kurse von 110 % zum Kaufe angetragen, auch ein unbestimmt gehaltenes Anerbieten zum Verkauf von Aktien der American Champagne Company gemacht, und hierauf der Kläger in dem Briefe vom 7. Juni 1889 sich bereit erklärt hatte, bis zu 10 000 fl. (Nominal) jener österr. Aktien zu 110 % zu nehmen, auch sich an der amerik. Compagnie durch Erwerb von Shares (Aktien) bis zu 5000 Dollars, falls kein oder nur ein mäßiges Agio zu bezahlen sei, zu beteiligen, hat Albert Otto am 14. Juni dem Kläger angezeigt, daß die Firma: Otto und Comp. ihm 10 000 fl. österr. Champ.-Fabrik-Aktien und 5000 Doll. amerik. Champ. Co. Shares zum Preise von je 110 % zu liefern übernehme, und der Kläger hat das Anerbieten auch bezüglich der 5000 Doll. Shares mit dem Briefe vom 15. Juni 1889 angenommen, und den Kaufpreis mit zus. 42 188 M. — sofort bezahlt, zu dessen Erstattung nebst 6 % Zinsen vom 15. Juni 1889 an die Beklagten durch das erstrichterliche Erkenntnis verurteilt sind.

II. Das Landgericht hat angenommen, Albert Otto habe, indem er zur Erläuterung seiner Bemerkung in dem Briefe vom 4. Juni 1889, daß die deutsche Schaumweinfabrik Wachenheim in ihrem ersten Geschäftsjahr 1888 netto 21 % ihres Aktien-Kapitals verdient hat, auf die Frage des Klägers in

---

1) in der Entsch. Bd. 27 S. 119 f.

dem Briefe vom 7. Juni: „Ist es kein Schreibfehler, wenn „Sie sagen, daß Wachenheim in 88 21 % verdient hat? Ich „glaubte, von W. Longley verstanden zu haben, daß diese „Procentage eine sehr viel höhere gewesen ist" in dem Schreiben vom 14. Juni äußerte: „der Nettogewinn bei Wachenheim für 1888 war 233000 M. bei einem Kapital von 1 Million; dabei ist aber zu berücksichtigen, daß die Fabrik erst Ende des Jahres in volle Betriebsfähigkeit gekommen ist, und daß die Fabrikation unter gleichen Verhältnissen für die Zukunft weit günstiger ist," — positiv behauptet, daß diese 233000 M. der Gewinn aus der Fabrikation unter Ausschluß anderer Einnahmen (speziell der Einnahmen aus der Verwertung der amerikanischen Patente des ꝛc. Reihlen) sei. Mit dieser Angabe des Nettogewinns der Wachenheimer Aktiengesellschaft im Zusammenhang mit der Empfehlung der gleichfalls auf die Reihlen'schen Patente gegründeten österreichischen Aktiengesellschaft und der amerik. Aktiengesellschaft habe Albert Otto Namens der Firma: Robert Otto und Komp. dem Gegenstand des Kaufs, den österr. und amerik. Aktien, einen Vorzug beigelegt.

Das Landgericht hat sodann, weil die Angabe eines Nettogewinns der Wachenheimer Fabrik aus der Fabrikation mit 21 % für das Jahr 1888 der Wahrheit nicht entsprochen habe, angenommen, daß die Verkäuferin, bezw. deren Teilhaber dem Kläger wegen Fehlens der zugesagten Vorzüge (Eigenschaften) des Kaufsgegenstandes auf das Interesse haften, auch wenn die Zusicherung nicht wider besseres Wissen erfolgt sei; und es wurde, weil das Interesse des Klägers in der Aufhebung des Kaufvertrags bestehe, nach dem Klagantrag erkannt.

1. Diese Entscheidung konnte nicht, wie der Anwalt der Beklagten versucht, durch die Einrede der Verjährung nach Art. 349 Abs. 2 H.G.B. beseitigt werden. Denn Art. 349 findet nur Anwendung bei Mängeln in der physischen Beschaffenheit der Sache, welche durch Untersuchung der Ware entdeckt werden können.

2. Dagegen kann der Entscheidung an sich nicht beige-

pflichtet werden. Unter Zusagen (dicta) sind zwar nicht bloß Zusicherungen einer bestimmten Eigenschaft der verkauften Sache, Zusagen einer physischen Qualität zu verstehen; sondern es fallen auch die Angaben über sonstige, die fragliche Sache berührende thatsächliche Verhältnisse, welche geeignet sind, auf den Entschluß des Käufers, die Sache für einen gewissen Preis zu kaufen, bestimmend einzuwirken, unter den Begriff der dicta, für welche der Verkäufer haftet, wenn sie auch nicht wider besseres Wissen erfolgt sind [1]). Die Angaben des Albert Otto über den Nettogewinn der Wachenheimer Fabrik im Jahr 1888 enthalten nun aber keineswegs eine Zusicherung, daß der ganze Betrag desselben von dem Verkauf des Fabrikats, und daß er nicht in erheblichem Verhältnisse von der vertragsmäßigen Teilnahme der Fabrik an Erlösen aus außerdeutschen Patenten des Reihlen herrühre. Umsoweniger liegt darin eine Zusicherung, daß die dem Kläger zum Kauf angebotenen Aktien der österreichischen und der amerikanischen Gesellschaft verhältnismäßig ähnlichen oder gar höheren Gewinn abwerfen werden.

III. Die Beklagten haften dem Kläger wegen der Angaben des Albert Otto über den Wachenheimer Nettogewinn pro 1888 nur dann, wenn letzterer, als er am 4. Juni dem Kläger schrieb, daß die Deutsche Schaumweinfabrik Wachenheim in in ihrem Geschäftsjahr 1888 netto 21 % ihres Aktienkapitals verdient hat, oder wenn er bei Absendung des diese Angabe im Wesentlichen bestätigenden Briefes vom 14. Juni oder bei dem Empfang des Briefs des Klägers vom 15. Juni 1889, womit der Kaufvertrag zum Abschluß kam, gewußt hat, daß der berechnete Nettogewinn nicht bloß durch den Verkauf des Fabrikats erzielt war, sondern im Wesentlichen von der vertragsmäßigen Teilnahme der Wachenheimer Aktiengesellschaft an Erlösen aus außerdeutschen Patenten des Reihlen herrührte.

Hatte Otto Kenntnis davon, daß der größte Teil des genannten Nettogewinns von dem Erlöse aus Patentberechtigungen und nicht von dem Verkauf des Fabrikats herrühre,

---

1) R.G.Entsch. in Seuff. Bd. 40 Nr. 102.

so mußte er sich sagen, daß die Verschweigung dieses Umstands geeignet sei, auf den Entschluß Klägers, Aktien der österreich. und der amerik. Gesellschaft zu kaufen, einzuwirken. Allein der Beweis, daß Otto dies wußte, ist nicht erbracht. Zwar mußte er aus § 5 des von ihm und C. über die österreich. Patente abgeschlossenen Vertrags, daß die Wachenheimer Gesellschaft an dem Verkaufe dieser Reihlen'schen Patente interessiert sei und dasselbe wird ihm auch bezüglich der übrigen außerdeutschen Patente bekannt geworden sein. Auch darf man annehmen, daß dem Albert Otto die in öffentliche Blätter Stuttgarts, jedenfalls in den Schw. Merkur vom 21. Mai 1879 gelangte Veröffentlichung nicht unbekannt geblieben ist, und daß er also auch wußte, daß von dem berechneten Nettogewinn ein großer Teil zu einer außerordentlichen Abschreibung verwendet und nur 6 % Dividende verteilt wurden.

Allein daraus folgt nicht, daß Albert Otto erkannte, die außerordentliche Abschreibung erfolge aus dem Grunde, weil unter die Aktiven des Jahres 1888 der erst im Jahr 1889 eingegangene Anteil der Gesellschaft an dem Erlöse des Reihlen aus dessen nordamerikanischen Patenten eingestellt worden sei. Die hohe Abschreibung und die Beschränkung der Dividende auf 6 % ließ sich insbesondere auch dadurch erklären, daß die Mitglieder des Aufsichtsrates, welche mit den Vorstandsmitgliedern in der Generalversammlung sämtliche Aktien vertraten, ein besonderes Interesse daran haben, durch reichliche Abschreibungen im ersten Jahre für die Zukunft die Verteilung einer höheren Dividende zu ermöglichen, um alsdann die — wie gerichtsbekannt, zunächst nicht in den Handel, wenigstens nicht an die Börse gebrachten — Aktien bei steigender Dividende zu höherem Kurse an das Publikum absetzen zu können. Es gehen auch die Aussagen der vernommenen Zeugen dahin, daß dem Albert Otto keine Mitteilung von dem Einbeziehen des Anteils der Gesellschaft an erst im Jahr 1889 bezahlten Patenterlösen in die Bilanz von 1888 gemacht wurde. Wenn hienach die in Rede stehende Klagebehauptung nicht nur nicht bewiesen, sondern sogar einiger Gegenbeweis gegen dieselbe

erbracht ist, so vermag man doch dieselbe nicht als widerlegt zu erachten, und es ist daher auf den dem Albert Otto zugeschobenen Eid in der aus dem Urteil ersichtlichen Fassung, welche der Sachlage entspricht, zu erkennen, da die übrigen zur Klagebegründung geltend gemachten Thatsachen, weil sie nicht schlüssig sind, das Klagebegehren nicht zu rechtfertigen vermögen. (Dies wird im Folgenden dargelegt. Aus den weiteren Ausführungen ist Folgendes hervorzuheben): Man darf überhaupt unbedenklich annehmen, daß abgesehen von der Angabe des Nettogewinns von Wachenheim pro 1888 mit 21 % nicht die in dem Briefe des Otto vom 4. Juni enthaltenen Mitteilungen, und daß auch nicht die Nennung des C. und E. als Verwaltungsratsmitglieder in dem Prospekte auf den Kläger bestimmend einwirkten. Es kommt vielmehr in Betracht: Es ist eine notorische Thatsache, daß auf das in verschiedenen Ländern patentierte Reihlen'sche Verfahren der Gährung und der Herstellung von Schaumweinen im Hinblick auf die Autorität der Patentbehörden, insbesondere des deutschen Patentamts, die Empfehlungen ärztlicher Autoritäten, und die Beliebtheit und die billigen Preise der in den Verkehr gebrachten Reihlen'schen Schaumweine allgemein große Erwartungen gebaut wurden; diese Meinung fand auch in der Nachfrage nach den Reihlen'schen Schaumweinen, ihrer Verwendung für Kranke und Gesunde und in den für die Patente, zunächst für die deutschen Patente, erzielten hohen Preisen Unterstützung. Thatsache ist insbesondere, daß, wie schon aus den Namen der Gründer der Wachenheimer Gesellschaft zu ersehen ist, angesehene und vorsichtige Männer aus verschiedenen Berufskreisen große Hoffnungen auf die Prosperität der nach dem Reihlen'schen Verfahren arbeitenden Fabriken setzten. Man hat keinen Grund zu zweifeln, daß auch die bei der Gründung der außerdeutschen Gesellschaften für Herstellung von Schaumweinen nach den Reihlen'schen Patenten beteiligten Personen, auch 2c. Otto, von demselben Vertrauen und der besten Meinung geleitet waren. Bei dieser im Publikum insbesondere in weinbautreibenden Ländern herrschenden Stimmung kann keinesfalls

angenommen werden, daß der Kläger trotz seiner Erfahrungen als Teilhaber eines Hamburger Handlungshauses durch die in Rede stehenden Bemerkungen des Otto in dem Briefe vom 4. Juni und in dem Prospekte, und nicht vielmehr, wie andere Käufer der Aktien durch die — freilich, wie der Erfolg zeigte, unrichtige — sachliche Beurteilung der Verwertbarkeit der Reihlen'schen Patente für den Fabrikbetrieb und die Nachricht über den Nettogewinn der Wachenheimer Fabrik im Jahr 1888 zum Erwerb der österreichischen Aktien sich bestimmen ließ. An dieser Auffassung ändert sich auch Nichts durch den Hinweis des klägerischen Anwalts auf die von dem Kläger in dem Bestellbrief vom 7. Juni 1889 ausgesprochenen Grundsätze, da in den Redewendungen desselben in Wirklichkeit mehr nicht, als der Wunsch aller Unternehmer und Spekulanten, zu gewinnen und nicht zu verlieren, zum Ausdruck kommt. Der Umstand insbesondere, daß der Kläger sein Kaufsanerbieten ausdrücklich nur an die zutreffende sachliche Voraussetzung knüpfte, daß die Gesellschaften limited seien, wie der Satz in dem Briefe vom 15. Juni: Hoffen wir, daß unsere Erwartungen in Erfüllung gehen, zeigt deutlich, daß der Kläger, der auch sonst als sanguinischer Spekulant in Goldshares und Kaffee sich zeigt, sich wohl bewußt war, wie es sich bei den das Reihlen'sche Verfahren anwendenden Fabriken um gewagte Spekulationsunternehmungen handle.

Urteil des I. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 8. Dezember 1893 i. S. Otto gegen Elmenhorst.

Die gegen dieses Urteil vom Kläger eingelegte Revision ist zurückgewiesen worden.

16.

Verpflichtung einer Oberamtssparkasse zur Ausbezahlung einer Spareinlage ohne Vorlegung des Sparkassenbuchs?

Die in St. Louis sich aufhaltende Ehefrau des in Württemberg wohnenden Klägers ist rechtskräftig verurteilt, das ihr

von der Oberamtssparkasse Ellwangen ausgestellte Sparkassenbuch über eine Kapitaleinlage von 1000 M. dem Kläger herauszugeben. Durch Beschluß des Amtsgerichts E. ist die der Ehefrau des Klägers gegen die Oberamtssparkasse zustehende Forderung aus Sparkasseneinlagen auf Höhe von 125 M. zu Gunsten des Klägers gepfändet und dem Kläger zur Einziehung überwiesen worden. Die Sparkasse hat sich geweigert, ohne Vorlegung des Sparkassenbuchs dem Kläger Zahlung zu leisten, während Kläger geltend macht, es sei ihm nicht möglich, das Sparkassenbuch im Weg der Zwangsvollstreckung zu erlangen, weil im Verhältnis zu den Vereinigten Staaten hinsichtlich der Vollstreckung von Urteilen die Gegenseitigkeit nicht verbürgt sei. Der § 6 der Statuten der Oberamtssparkasse Ellwangen lautet:

„Rückbezahlung der Einlagen.

Die Rückbezahlung geschieht nach vorheriger ... Aufkündigung ......

Die Zahlungen geschehen, wenn nicht sogleich bei der Einlage eine Beschränkung beigefügt wurde, an denjenigen, auf dessen Namen das Büchlein lautet, beziehungsweise den, der sich als dessen Bevollmächtigten zur Zahlungserhebung ausweist, ferner, wenn der Eigentümer gestorben sein sollte, an seine Erben, und, wenn die Forderungen als Exekutionsmittel gebraucht werden, an die exequierende Obrigkeit.

Da der Vorzeiger eines Sparkassenbüchleins als der Eigentümer desselben vermutet wird, so kann, wenn gegen Rückgabe des ächten Büchleins an den unberechtigten Besitzer desselben unter unverdächtigen Umständen von der Kasse Zahlung geleistet wird, falls dem Kassier keine Verschuldung nachgewiesen werden kann, die Kasse von dem wahren Forderungsberechtigten nicht mehr in Anspruch genommen werden. Sobald die Kasse Anzeige erhält, daß ein Sparkassenbüchlein aus dem Besitz des Berechtigten gekommen ist, darf sie an den Vorzeiger des Büchleins keine Zahlung mehr leisten, bis er den rechtlichen Besitz vollständig nachgewiesen hat. Jeder Einleger hat für die gute Verwahrung seines Sparkassenbüchleins alle

Sorge zu tragen und sobald ihm dasselbe abhanden kommt, sogleich die Kasse in Kenntnis zu setzen. In solchen Fällen wird Belehrung erteilt werden, was in Beziehung auf die Amortisation verlorener Urkunden und die Ausstellung neuer zu thun ist.

Eine Uebertragung der Sparkassenbüchlein an Dritte ist nicht zulässig, ebensowenig die Bestellung als Faustpfand. Wird gleichwohl eine Abtretung entdeckt, so hört die Zinsberechnung aus der abgetretenen Einlage von dem Tage der Abtretung an auf. Sobald die Rückzahlung der eingelegten Sparkassengelder vollständig erfolgt ist, sind die Rückzahlungen durch die zurückgegebenen Scheine (Sparkassenbüchlein), auf welche der Betreffende quittiert hat, zu belegen."

Kläger hat gegen „die Oberamtssparkasse Ellwangen" Klage auf Bezahlung des gepfändeten und ihm zur Einziehung überwiesenen Betrags von 125 M. erhoben, ohne das Sparkassenbuch vorzulegen. Die Klage ist in zweiter Instanz abgewiesen worden aus folgenden

Gründen:

1. Der vorige Richter hat mit Recht angenommen, daß als beklagte Partei nicht die Oberamtssparkasse in Ellwangen, gegen welche die Klage erhoben worden ist, sondern die Amtskörperschaft Ellwangen anzusehen ist, weil jene Kasse ausweislich ihrer Statuten kein selbständiges Rechtssubjekt, sondern ein amtskörperschaftliches Institut ist und für Rechnung der Amtskörperschaft verwaltet wird, sowie daß gesetzlicher Vertreter der letztern nach Art. 41 Abs. 1 und Z. 7 des Gesetzes vom 21. Mai 1891 betr. die Verwaltung der Gemeinden, Stiftungen und Amtskörperschaften (R.Bl. S. 120 f.) der Amtskörperschaftsausschuß ist, welcher laut Protokollauszug vom 10. März 1894 den R. A. H. mit der Prozeßführung beauftragt hat.

2. Das von der Oberamtssparkasse in Ellwangen der Ehefrau des Klägers am 28. Januar 1890 über eine Kapitalanlage von 1000 M. ausgestellte Sparkassenbuch Nr. 3046 ist kein Inhaberpapier. Denn dasselbe lautet, wie sich aus

§ 6 Abs. 2 der Statuten ergiebt, auf den Namen eines bestimmten Gläubigers, nämlich jener Ehefrau, ohne Beifügung der Inhaberklausel, und es ist nach Abs. 4 jenes Paragraphen eine Uebertragung des Sparkassenbuchs auf Dritte nicht zulässig. Es kann daher die in dem letztern eingetragene Forderung nicht durch die Uebergabe der Urkunde, welche über die Forderung ausgestellt wird, erworben werden, weshalb das wesentliche Merkmal des Inhaberpapiers bei dem fraglichen Sparkassenbuch nicht zutrifft.

Dagegen wird nach Abs. 3 des erwähnten § 6 der „Vorzeiger" des Sparkassenbuchs als der Eigentümer d. h. als der Inhaber der in demselben verbrieften Forderung vermutet, wie sich aus der weitern Bestimmung jenes Absatzes ergiebt, daß, wenn von der Kasse gegen Rückgabe des ächten Büchleins an den unberechtigten Besitzer desselben unter unverdächtigen Umständen, ohne daß dem Kassier eine Verschuldung nachgewiesen werden kann, Zahlung geleistet wird, die Kasse von dem wahren Forderungsberechtigten nicht mehr in Anspruch genommen werden kann. Hienach ist der Vorzeiger des Sparkassenbuchs an sich als Gläubiger gegenüber der Kasse legitimiert, und es ist die letztere der Prüfung der Identität zwischen dem Vorzeiger und demjenigen, auf dessen Namen das Buch lautet, überhoben, sie darf also auch an den unberechtigten Besitzer desselben bezahlen, wofern das Buch ächt ist und für die Kasse kein Verdacht vorliegt, daß der Vorzeiger des Buchs sich unrechtmäßiger Weise in den Besitz desselben gesetzt habe, was nach dem angeführten Abs. 3 insbesondere auch dann von der Kasse zu unterstellen ist, wenn diese erfahren hat, daß das Buch aus dem Besitz des Berechtigten gekommen ist.

Hienach ist die Kasse unter der erwähnten Voraussetzung zwar berechtigt, dem Vorzeiger des Sparkassenbuchs Zahlung zu leisten, aber nicht verpflichtet, sie kann vielmehr von demselben stets den Nachweis verlangen, daß er rechtmäßiger Besitzer des Buchs sei. Es liegen daher bei dem in Rede stehenden Sparkassenbuch die wesentlichen Merkmale des sog. Legitimationspapiers vor, wie denn auch von der Theorie und Praxis die

Sparkassenbücher in Ermangelung einer gegenteiligen Bestimmung der Statuten als Legitimationspapiere und nicht als gewöhnliche Beweisurkunden angesehen werden [1]).

Der Umstand, daß die Statuten der Kasse die Verpflichtung auferlegen, sich vor der Zahlung an den Vorzeiger des Sparkassenbuchs davon zu überzeugen, daß keine Verdachtsgründe gegen den rechtmäßigen Besitz desselben vorliegen, und wenn sie die Anzeige erhält, daß das Sparkassenbuch aus dem Besitz des Berechtigten gekommen ist, die Zahlung zu verweigern, bis der Vorzeiger den rechtmäßigen Besitz nachgewiesen hat, macht das Sparkassenbuch nicht zu einer gewöhnlichen Beweisurkunde, da für den Begriff des Legitimationspapiers nur die erwähnten Merkmale maßgebend sind. Auch daraus, daß der Abs. 3 des § 6 der Statuten den wahren Forderungsberechtigten dem Vorzeiger oder Besitzer des Sparkassenbuchs gegenüber stellt, folgt nicht, daß das letztere eine gewöhnliche Beweisurkunde und daher deren Vorzeigung zur Geltendmachung der Forderung nicht notwendig ist. Denn aus jener Bestimmung ergiebt sich nur so viel, daß, wenn die Kasse unter verdächtigen Umständen, d. h. nicht in dem guten Glauben, daß der Vorzeiger der rechtmäßige Besitzer des Sparkassenbuchs sei, gegen Rückgabe des letztern an den unrechtmäßigen Besitzer bezahlt hat, der wahre Forderungsberechtigte die Kasse in Anspruch nehmen kann. In diesem Fall kann dem letztern selbstverständlich von der Kasse nicht mehr zugemutet werden, das Buch bei Erhebung der Zahlung vorzuzeigen, da dasselbe bereits an die Kasse zurückgegeben ist. Anders verhält es sich dagegen, wenn der wahre Forderungsberechtigte Zahlung ohne Vorzeigung des der Kasse noch nicht zurückgegebenen Buchs begehrt.

1) Brunner in Endemanns Handb. des H.R. II, 172 ff., Stobbe, Deutsches Pr.-Recht, 2. A., III, 194 ff., Kuntze, Inhaberpapiere, S. 399 ff., 523 f., Entsch. des R.O.H.G., II, 309 f., III, 341, IX, 242, Entsch. des R.G. IX, 246, X, 40, XI, 241, XXII, 217 f., XXIX, 301, und in Seufferts Arch. XXXIV Nr. 78, Seuffert's Arch. XXIX Nr. 72, XLII Nr. 319.

Ist aber das der Ehefrau des Klägers ausgestellte Sparkassenbuch ein wirkliches Legitimationspapier, so ergiebt sich aus dem Begriff desselben, daß nur der Besitzer und Vorzeiger des Buchs zur Zahlungserhebung bei der Kasse legitimiert ist. Denn die Ausstellung jenes Buchs als Legitimationspapier hat den Zweck, den Geschäftsbetrieb der Kasse, welche mit einer großen Zahl von Einlegern zu verkehren hat, dadurch zu vereinfachen, daß dieselbe nicht in jedem einzelnen Fall die für sie lästige Untersuchung anzustellen hat, ob derjenige, welcher die Rückzahlung der Einlage fordert, identisch ist mit demjenigen, welcher die Einlage gemacht hat, oder auf welchen das Recht des letztern zur Rückforderung der Einlage übergegangen ist. Diese Erleichterung des Geschäftsverkehrs würde für die Kasse wesentlich beeinträchtigt, wenn sie ohne Vorzeigung des Sparkassenbuchs — bezw. wenn dasselbe abhanden gekommen ist, ohne Vorzeigen der Amortisationsurkunde — Zahlung zu leisten hätte.

Daß nun die Oberamtssparkasse Ellwangen sich nicht verpflichten wollte, abgesehen von dem Fall der Amortisation des Sparkassenbuchs ohne dessen Vorzeigung Zahlung zu leisten, erhellt nicht bloß aus der bereits erwähnten Bestimmung der Statuten, daß der Vorzeiger des Sparkassenbüchleins als Eigentümer desselben vermutet wird, sondern auch daraus, daß nach § 6 Abs. 4 der Statuten, sobald die Rückzahlung der eingelegten Sparkassengelder vollständig erfolgt ist, die Rückzahlungen durch die zurückgegebenen Scheine (Sparkassenbüchlein), auf welche der Betreffende quittiert hat, zu belegen sind.

Denn wenn auch hier nur von dem Fall der vollständigen Rückzahlung der Einlagen die Rede ist, so ist doch aus diesem Anlaß bestimmt, daß die Rückzahlungen d. h. jede einzelne Zahlung auf die Einlage durch eine Quittung in dem Sparkassenbuch zu belegen sind, was voraussetzt, daß der Empfänger der einzelnen Zahlung in der Lage ist, solche in dem Sparkassenbuch zu quittieren, und zwar, wie anzunehmen ist, unter der Kontrolle der Sparkasse, da diese eine andere Quittung,

als eben in jenem Buch, von dem Zahlungsempfänger nach der ebenerwähnten Bestimmung nicht beansprucht werden kann. Der Zahlungsempfänger muß daher das Sparkassenbuch bei dem jeweiligen Empfang der Zahlung der Kasse behufs der Ausstellung der Quittung in demselben unter der Kontrolle der Kasse vorzeigen. Dies ergiebt sich auch aus der in Ausführung jener statutarischen Bestimmung dem Sparkassenbuch vorgedruckten Vorschrift, daß dasselbe bei Zurücknahme von Einlagen, ebenso wie bei einer neuen Einlage, dem Oberamtssparkassier vorzulegen ist. Der Annahme, daß derjenige, welcher Rückzahlung von Einlagen verlangt, das Sparkassenbuch der Kasse vorzuzeigen habe, steht nicht die Bestimmung des § 6 Abs. 2 der Statuten entgegen, daß die Zahlungen nicht bloß an denjenigen, auf dessen Namen das Büchlein lautet, sondern auch an denjenigen, welcher sich als dessen Bevollmächtigter zur Zahlungserhebung ausweist, ferner an die Erben des gestorbenen Eigentümers, und wenn die Forderungen als Exekutionsmittel gebraucht werden, an die exequierende Obrigkeit geschehen. Denn es ist hier in keiner Weise gesagt, daß der Bevollmächtigte des in dem Büchlein als Gläubiger Eingetragenen oder die Erben des letztern, bei welchen beiden zu unterstellen ist, daß sie das Büchlein in ihrer Hand haben, dasselbe bei der Zahlungserhebung der Kasse nicht vorzuweisen haben, und daß also in jenen Fällen die in den folgenden Abs. 3 und 4 enthaltenen erwähnten Bestimmungen nicht Platz greifen. Was aber speziell den Fall der Zwangsvollstreckung in die Einlagen betrifft, so kann sich zwar dieselbe auf die Pfändung der Forderungen beschränken, weil Legitimationspapiere nicht als Wertpapiere im Sinn des § 722 C.P.O., welche nach den Vorschriften der §§ 712 ff. C.P.O. über die Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen zu pfänden sind, anzusehen sind und daher der Zwangsvollstreckung nach Maßgabe der Bestimmungen über Forderungspfändung unterliegen[1]).

1) Gaupp, Komm. 2. A., II, 444 zu § 722 Note 1, zu vgl. Brunner a. a. O. S. 184 Note 33, Entsch. des R.G. XX, 308 ff., vgl. mit XV, 59, XXI, 364.

Allein es bleibt dann dem Pfändungspfandgläubiger überlassen, sich nach Maßgabe des § 737 Abs. 2 C.P.O. in den Besitz der über die gepfändete Forderung ausgestellten Urkunden erforderlichen Falls im Weg der Zwangsvollstreckung zu setzen. Es ist daher auch bei der im Zwangsvollstreckungsverfahren zu leistenden Zahlung der Einlagen zu unterstellen, daß dieselbe nur gegen Vorzeigen des Sparkassenbuchs zu geschehen habe.

Der hienach der Beklagten zustehenden Einwendung, daß Kläger ohne Vorzeigung des Sparkassenbuchs keine Zahlung verlangen dürfe, kann nicht etwa mit der Replik begegnet werden, daß die Beklagte, wenn sie diese Vorzeigung verlange, chikanös handle, weil der Kläger, ohne einen neuen mit großen Kosten verbundenen Prozeß gegen seine in Nordamerika sich aufhaltende Ehefrau anzustrengen, sich den Besitz des Sparkassenbuchs nicht verschaffen könne, und weil die Beklagte ein Interesse an der Vorzeigung des Sparkassenbuchs nicht habe. Denn wenn ein Schuldner sich des in dem Vertrag mit seinem Gläubiger bedungenen Rechts bedient, kann ihm der Vorwurf der Chikane nicht gemacht werden. Mag übrigens auch die Kasse, wenn sie dem Kläger die von demselben verlangte Zahlung ohne Vorzeigung des Sparkassenbuchs leistet, durch eine von dem Kläger ausgestellte Quittung über diese Zahlung gegen die wiederholte Anforderung des gezahlten Betrags durch den Vorzeiger des Sparkassenbuchs gesichert sein, weil die Ehefrau des Klägers auch vor der Eröffnung des aus Anlaß der Pfändung erlassenen Einziehungsverbots wegen des ihrem Ehemann an der fraglichen Einlageforderung zustehenden gesetzlichen Verwaltungsrechts, sowie wegen des oben erwähnten Verbots der Uebertragung des Sparkassenbuchs auf Dritte nicht rechtswirksam über die Einlageforderung und das Sparkassenbuch zu Gunsten Dritter verfügen konnte, der Fall des Uebergangs der Forderung und des Buchs aber auf die Erben des in dem letztern als Gläubiger Eingetragenen und einer anderweiten Zwangsvollstreckung in die Forderung nicht vorliegt, wie denn auch die Ehefrau des Klägers ausweislich der Zuschrift ihres Anwalts vom 7. Dezember 1893 an den Kl.

Anwalt sich des Sparkassenbuchs nicht entäußert zu haben scheint, und zur Zeit der Erlassung des Zahlungsverbots an die Oberamtssparkasse zu Gunsten des Klägers andere Personen keine Ansprüche aus dem fraglichen Sparkassenbuch an die Kasse erhoben haben, so hat doch die Kasse, abgesehen von dem bereits erwähnten Interesse, welches sie an der Einhaltung der fraglichen statutarischen Vorschrift hat, darum ein besonderes Interesse an der Vorzeigung des Sparkassenbuchs bei Leistung einer Zahlung, weil durch deren Quittierung in diesem Buch ein Streit mit dessen Vorzeiger eher vermieden werden kann, als wenn über die Zahlung außerhalb des Buchs quittiert wird, zumal da die Statuten die erstere Quittierung vorschreiben.

Dem Ausgeführten zufolge ist das Verlangen des Klägers, daß ihm die Oberamtssparkasse Ellwangen die begehrte Zahlung eines Teils der Einlage seiner Ehefrau ohne Vorzeigung des Sparkassenbuchs zu leisten habe, unbegründet.

Urteil des II. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 15. November 1894 i. S. Amtskörperschaft Ellwangen gegen Kurz.

17.

1. Wird ein bayerischer Kondukteur dadurch württembergischer Hilfsbeamter oder ein im württ. Eisenbahndienst beschäftigter Arbeiter, daß er gemäß einem zwischen Bayern und Württemberg getroffenen Abkommen in einem durchgehenden Zug einen bayerischen Wagen durch Württemberg begleitet?

2. Zum Begriff der höheren Gewalt und des eignen Verschuldens.

Zwischen der Königlich württembergischen Eisenbahnverwaltung und der Königlich bayerischen Eisenbahnverwaltung besteht seit 1885 das Abkommen, daß bei durchgehenden Schnellzügen die Begleitung der eingestellten bayerischen Wagen auf der Fahrt durch Württemberg durch bayrische Kondukteure gegen Ersatz der Bayern erwachsenen Selbstkosten besorgt

wird. Diesem Abkommen haben sich auch die Eisenbahnverwaltungen von Baden und Elsaß-Lothringen angeschlossen.

Am 30. November 1890 entgleiste der von Mühlacker—Stuttgart herkommende Expreßzug Avricourt—Simbach—Wien bei der Einfahrt in den Bahnhof Eßlingen. Hierbei stürzte ein Wagen um, in welchem sich der gemäß dem erwähnten Abkommen den Zug begleitende bayerische Eisenbahnkondukteur Ludwig Kirchmeier befand. Derselbe ist an den Folgen dieses Unfalls gestorben.

Die Witwe Kirchmeier und der Vormund der drei minderjährigen Kinder haben nun auf Grund des Reichs-Haftpflichtgesetzes gegen den Königlich württembergischen Fiskus, in dessen Betrieb der Unfall sich ereignete, Klage erhoben auf Bezahlung einer höheren Rente, als der ihnen in Bayern bewilligten Pensionen.

Bei der Verhandlung dieses Rechtsstreites wurde das Einverständnis der Parteien darüber festgestellt, daß zur Zeit des Todes des Kirchmeier in Bayern keine dem § 12 des Reichsgesetzes vom 15. März 1886, betreffend die Fürsorge für Beamte und Personen des Soldatenstandes in Folge von Betriebsunfällen, entsprechende gesetzliche Regelung der Fürsorge für die bayerischen Eisenbahnbediensteten getroffen war, daß insbesondere die Königlich bayerische Verordnung vom 30. November 1886 eine solche Regelung nicht enthält. Festgestellt ist auch, daß der verstorbene Kirchmeier ein in der Eisenbahnbetriebsverwaltung Bayern's mit festem Gehalt und Pensionsberechtigung angestellter Beamter war.

Der Beklagte wandte gegen die Klage ein: Gemäß dem erwähnten Abkommen und zufolge der Dienstleistung des Kirchmeier in dem Württemberg durchlaufenden Zuge sei er für die Zeit dieser in der That der württembergischen Betriebsverwaltung geleisteten Dienste württembergischer Hilfsbeamter im Sinne der Artikels 118 des württembergischen Beamtengesetzes vom 28. Juni 1876 geworden. Folglich finde auf ihn das württembergische Fürsorgegesetz vom 23. Mai 1890 Anwendung und weil dieses Gesetz den in § 12 des Reichs-

Fürsorgegesetzes aufgestellten Anforderungen entspreche, sei gemäß eben dieser reichsgesetzlichen Bestimmung die auf das Reichs-Haftpflichtgesetz gestützte Klage abzuweisen. Wäre aber die Beurteilung des Kirchmeier als württembergischer Beamter nicht begründet, so müßte er als unfallversicherungspflichtiger Arbeiter im Betrieb und Dienst der württembergischen Eisenbahnverwaltung angesehen werden, wonach die Anrufung des Reichs-Haftpflichtgesetzes wiederum — nach den einschlägigen Bestimmungen des Unfallversicherungsgesetzes vom 6. Juli 1884 bezw. des Ausdehnungsgesetzes vom 28. Mai 1885 — nicht statthaft wäre. Weiter hat Beklagter geltend gemacht: der Unfall sei durch höhere Gewalt und durch das eigene Verschulden Kirchmeier's herbeigeführt worden. Die höhere Gewalt findet der Beklagte darin, daß — wie er behauptet — eine Weichenzunge in Folge der großen Kälte (12 ° Reaumur unter Eis) zersprungen sei und dadurch die Entgleisung verursacht habe, das eigene Verschulden des Kirchmeier darin, daß derselbe sich zur Zeit der Entgleisung vorschriftswidrig in dem ersten der entgleisten Wagen befunden habe, während er sich bei dem von ihm zu begleitenden vorderen Wagen hätte befinden sollen, der nicht entgleist ist. Diese Einwendungen sind verworfen worden aus folgenden

Gründen:

I. Der Beklagte bestreitet nicht, daß Kirchmeier zur Zeit des Unfalls bayerischer Beamter war, er behauptet nur (in erster Linie), Kirchmeier sei zugleich württ. Hilfsbeamter gewesen. Es mag sein, daß jemand gleichzeitig Beamter mehrerer Staaten oder Beamter des einen und Hilfsbeamter eines andern Staats sein kann; in Beziehung auf Kirchmeier bestand jedenfalls ein solches Verhältnis nicht. Es liegt nach dem zwischen Bayern und Württemberg 1885 getroffenen Uebereinkommen nichts anderes vor, als daß Württemberg gestattet hat, daß bayerische Kondukteure hinsichtlich der von ihnen begleiteten bayerischen Wagen auch während der Fahrt durch Württemberg die Funktionen eines Schaffners ausüben; weil dadurch Württemberg die Verwendung einer entsprechenden

Zahl württembergischer Schaffner erspart ist, bezahlt Württemberg einen entsprechenden Betrag an Bayern. Irgend welcher Akt des württ. Staats bezw. einer württ. Staatsbehörde, durch welchen diesen bayerischen Kondukteuren die Stellung württ. Hilfsbeamten übertragen würde, ist nicht ersichtlich; insbesondere hat Beklagter nicht behauptet und konnte offenbar nicht behaupten, daß dieselben als württ. Hilfsbeamte verpflichtet werden. Wie unterstellt werden muß, weiß Württemberg nicht, welche bayerischen Kondukteure die fraglichen Züge begleiten; die Annahme, daß jeder beliebige bayerische Kondukteur mit dem Augenblick, da der betreffende Wagen in den Betrieb der württ. Staatseisenbahn übergeht, ganz von selbst, ohne sein Zuthun, vielleicht ohne oder gegen seinen Willen württ. Hilfsbeamter wird, ist ausgeschlossen. Eine ganz gezwungene und erkünstelte Auslegung des Abkommens vom Jahr 1885 wäre es aber auch, wenn man annehmen wollte, die bayerische Behörde, die ihren Kondukteur anweist, einen Wagen durch Württemberg zu begleiten, bestelle denselben hiedurch im Auftrag der württ. Regierung oder einer württ. Staatsbehörde zum württ. Hilfsbeamten: für eine solche Annahme fehlt jeder thatsächliche Anhaltspunkt. Der bayerische Kondukteur tritt vielmehr in keinerlei Dienstverhältnis zum württ. Staat: soweit er in Württemberg Funktionen ausüben darf, die an sich württ. Eisenbahnbeamten zukämen, und soweit er den Befehlen württ. Beamten oder Behörden Folge zu leisten hat, thut er dies lediglich auf Grund der ihm von seiner vorgesetzten bayerischen Dienstbehörde erteilten Weisungen; solche Weisungen kann diese Behörde auf Grund des Abkommens von 1885 wirksam erteilen. Damit stimmt überein, daß die in Rede stehenden bayerischen Kondukteure keinerlei Bezüge von Württemberg erhalten, keinen Gehalt, kein Taggeld, keine Meilengelder u. s. w.; nur an den bayerischen S t a a t hat Württemberg als Ersatz von dessen Selbstkosten eine Aversalsumme zu bezahlen; auch dies weist darauf hin, daß die bayerischen Kondukteure in kein Dienstverhältnis zum württ. Staat treten.

War aber Kirchmeier zur Zeit des Unfalls nicht württ.

Hilfsbeamter, so ist die Anwendbarkeit des württ. Fürsorgegesetzes ausgeschlossen. Nebenbei mag auch noch darauf hingewiesen werden, daß dieses Gesetz selbst dann keine Anwendung finden könnte, wenn Kirchmeier als württ. Hilfsbeamter anzusehen wäre. Denn dasselbe bezieht sich nur auf solche württ. Beamte, die von Württemberg ein Diensteinkommen beziehen. Dies war bei Kirchmeier unbestrittenermaßen nicht der Fall. Wäre er aber in seiner Eigenschaft als württ. Hilfsbeamter verunglückt, so könnte der Berechnung der Ansprüche seiner Hinterbliebenen nur das von ihm in dieser Eigenschaft bezogene Diensteinkommen zu Grunde gelegt werden, nicht aber — wie Beklagter will — das von ihm in seiner Eigenschaft als bayerischer Beamter bezogene Diensteinkommen. Da er aber ein württ. Diensteinkommen überhaupt nicht bezogen hat, ist ein Anspruch seiner Hinterbliebenen auf eine Quote dieses Diensteinkommens nicht denkbar.

II. Ebensowenig wie württ. Hilfsbeamter war Kirchmeier zur Zeit des Unfalls ein im württ. Eisenbahndienst beschäftigter „Arbeiter" im Sinn des Unfallversicherungsgesetzes bezw. des Ausdehnungsgesetzes vom 28. Mai 1885. Denn Kirchmeier stand nach dem unter Ziff. 1 Ausgeführten in keinem privatlichen oder öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum württ. Staat, dieser war nicht sein Arbeitgeber, vielmehr war und blieb allein der bayerische Staat sein Dienstherr. Kirchmeier kann daher nicht als ein vom württ. Staat gegen Unfälle versicherter Arbeiter gelten, er war und blieb für Württemberg ein in einem andern Bundesstaat mit festem Gehalt und Pensionsberechtigung angestellter Beamter und wurde nicht dadurch, daß er in seiner Eigenschaft als bayerischer Beamter im Auftrag seiner vorgesetzten Dienstbehörde einen bayerischen Wagen durch Württemberg zu begleiten hatte, ein bei dem württ. Staat versicherter württ. Eisenbahnarbeiter.

Zudem wäre Kirchmeier jedenfalls nicht, wie Beklagter in erster Instanz geltend gemacht hat, ein im württ. Eisenbahndienst „gegen Taggeld" beschäftigter Arbeiter gewesen, sondern ein Arbeiter ohne Lohn und es ist nicht ersichtlich, welcher

„Arbeitsverdienst" desselben in seiner Eigenschaft als württ. Eisenbahnarbeiter der Berechnung der Unfall-Rente der Kläger zu Grunde gelegt werden sollte.

III. Mit Recht hat auch der vorige Richter die Einrede der höheren Gewalt verworfen. Wenn der Unfall dadurch herbeigeführt worden ist, daß eine Weichenzunge in Folge der Kälte zersprungen ist, so kommt in Betracht, daß andere Weichenzungen, über die der fragliche Zug gefahren ist, trotz der (keineswegs abnormen) Kälte von 12 Grad nicht gebrochen sind; die in Rede stehende Weichenzunge muß sonach eine besonders geringe Widerstandsfähigkeit gegen Temperaturwechsel gehabt haben, sie war also mit einem heimlichen Mangel behaftet; für die unmangelhafte Beschaffenheit der Betriebsmittel aber hat der Eisenbahnbetriebsunternehmer unbedingt einzustehen; ein in dieser Richtung obwaltender Mangel mag als zufälliger gelten, kann aber nicht die Einrede der höheren Gewalt begründen.

IV. Ebenso wenig zutreffend ist die Einrede der eigenen Verschuldung des Kirchmeier. Eigenes Verschulden des Verletzten im Sinne des Haftpflichtgesetzes setzt einen Mangel an Vorsicht oder Aufmerksamkeit in Beziehung auf eine drohende Gefahr voraus; nun war aber die von Kirchmeier angeblich verletzte Vorschrift, wonach er sich auf einem der vorderen, nicht entgleisten Wagen hätte aufhalten sollen, nicht mit Rücksicht auf die Sicherheit der Betriebsbeamten gegeben; indem Kirchmeier sich statt an dem ihm angeblich angewiesenen Platz in einem leeren Koupé aufhielt, ließ er sich durchaus keine Unvorsichtigkeit zu Schulden kommen, er konnte nicht ahnen, daß er sich durch diese Wahl seines Aufenthaltsorts einer Gefahr aussetzte, der er entgangen wäre, wenn er sich gemäß seiner Instruktion auf einem der vorderen Wagen aufgehalten hätte. Es ist reiner Zufall, daß den Kirchmeier der Unfall betroffen hat, während er sich an *dieser* Stelle des Zugs aufhielt, und daß der Unfall ihn nicht betroffen hätte, wenn er sich auf einem der vorderen Wagen befunden hätte, die

Einwirkung irgend einer Unvorsichtigkeit Kirchmeier's steht nicht in Frage.

Urteil des I. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 6. April 1894 i. S. Fiskus gegen Kirchmeier.

Die gegen dieses Urteil vom Beklagten eingelegte Revision ist zurückgewiesen worden.

II.

Mitteilungen des Vorstands der Anwaltskammer.

I. Zur Frage der Stellvertretung der Amtsgerichtsanwälte während des Ferienurlaubs.

Ein bei einem Amtsgericht zugelassener Anwalt hat während der Gerichtsferien dem Amtsgericht den Antritt einer dreiwöchigen Ferienreise mit dem Anfügen angezeigt, daß er „seine Vertretung in der Kanzlei“ seinem früheren Gehilfen aufgetragen habe. Das Amtsgericht erklärte diese Vertretung für nicht genügend und stellte bei dem Vorstand der Anwaltskammer den Antrag auf geeignetes Einschreiten. Es wurde konstatiert, daß eine Stellvertretung durch den andern an dem Sitz des betreffenden Amtsgerichts ansässigen Anwalt nicht möglich war und irgend welche Benachteiligung der Klientel des in Frage stehenden Anwalts während dessen Abwesenheit nicht stattgefunden halte. Der Anwalt machte zu seiner Rechtfertigung geltend, daß die Bestimmungen der §§ 25 und 29 R.A.O. sich naturgemäß nur auf Anwälte bei einem Kollegialgericht beziehen können.

Dem Vorstand der Anwaltskammer wurde von dem bestellten Berichterstatter folgendes Referat erstattet:

I. Was die allgemeine Frage anlangt, so ist die Vorschrift der Rechtsanwaltsordnung eine bestimmte, einen Unterschied für die Amtsgerichtsanwälte gegenüber den Landgerichtsanwälten, aber auch eine Ausnahme für den Ferienurlaub nicht zulassende, andererseits aber für Amtsgerichtsanwälte und zumal mit Beziehung auf den Ferienurlaub sehr mißliche, mit unverhältnismäßigem Kostenaufwande verbundene, vielfach —

thatsächlich unmöglich zu erfüllende, endlich durch das Prinzip der Gesetzgebung keineswegs gebotene.

1. a) § 29 der Rechtsanwaltsordnung sagt bestimmt, klar und ausnahmslos, daß der Rechtsanwalt, der sich über eine Woche hinaus von seinem Wohnsitze entfernen will, für seine Stellvertretung sorgen und dem Vorsitzenden des Gerichts, bei dem er zugelassen ist, sowie dem Amtsgericht, in dessen Bezirk er seinen Wohnsitz hat, Anzeige erstatten und den Stellvertreter benennen muß. Dafür, daß das nur für bei den Landgerichten zugelassene Anwälte gelten solle, geben auch die Materialen keinen Anhaltspunkt, das Gegenteil ergiebt vielmehr die Entstehungsgeschichte der Bestimmung dieses Paragraphen.

Der Paragraph sollte nach dem Entwurf lauten:

> Der Rechtsanwalt darf sich ohne Genehmigung über eine Woche hinaus von seinem Wohnsitze nicht entfernen. Die Genehmigung wird für die Zeit von 6 Wochen durch den Vorsitzenden des Gerichts, für eine längere Zeit durch die Landesjustizverwaltung erteilt.

In den Motiven hiezu ist gesagt:

„Derartige Anordnungen rechtfertigen sich durch die Vorschriften über den Anwaltszwang und die Lokalisierung der Anwaltschaft. Diese Vorschriften würden illusorisch, wenn es den Rechtsanwälten gestattet sein sollte, sich beliebig von ihrem Wohnsitze zu entfernen. Die Gerichtseingesessenen haben ein Recht, soweit sie gezwungen sind, sich durch Anwälte vertreten zu lassen, auch darauf rechnen zu können, daß sie jeder Zeit am Sitze des Gerichts eine für die Bewältigung der Geschäfte ausreichende Anzahl von Anwälten finden. Das gilt zwar zunächst nur von den Anwälten bei Kollegialgerichten; aber auch für die Amtsgerichtsanwälte gilt dieselbe Rücksichtnahme auf die rechtssuchenden Eingesessenen, wie denn auch für diese Anwälte die Verpflichtung besteht, am Sitze des Gerichts zu wohnen.

Da der Entwurf im Falle einer Entfernung bis zur Dauer einer Woche von der Einholung der Genehmigung absieht, so darf angenommen werden, daß die Bestimmung des § 25 den Anwälten zu einer Belästigung nicht gereichen wird. Die Frist

von einer Woche wird in Anbetracht der gegenwärtig bestehenden Verkehrsverhältnisse fast durchweg genügen, um dem Anwalt die Erledigung von Geschäften an einem außerhalb seines Wohnsitzes gelegenen Orte zu ermöglichen."

In der Kommission des Reichstags wurde dem Antrage des Entwurfs der Antrag Struckmann entgegengestellt, der in obiger Fassung Gesetz wurde.

Gegen den Entwurf wurde hauptsächlich geltend gemacht, daß das Urlaubsystem der freien unabhängigen Stellung des Rechtsanwalts nicht entspreche; dagegen gelangte, obgleich die Vertreter der Regierungen den Regierungsentwurf mit dem Anwaltszwang und der notwendigen Verteidigung im Strafprozeß verteidigten, ein Bedenken, daß die beiden letzteren Gründe für die Stellvertretungsfürsorge bei Amtsgerichtsanwälten gar nicht zutreffen, die Bestimmung für sie eine mißliche und hieher nicht auszudehnen sei, nicht zum Ausdrucke.

b) Des Weiteren normiert § 25 der Rechtsanwaltsordnung, daß die Stellvertretung nur Rechtsanwälten oder Rechtskundigen mit mindestens 2jährigem Vorbereitungsdienste, letzteren nur auf Grund besonderer Anordnung der Landesjustizverwaltung übergeben werden könne, welche Normierung wieder allgemein und unterschiedslos, also auch für Amtsgerichtsanwälte, gegeben ist.

c) Dafür, daß diese Bestimmungen für die Zeit eines Ferienurlaubs nicht gelten, fehlt jegliche Bestimmung, es ist zweifellos, daß sie auch hiefür Anwendung finden.

2. a) Diese Notwendigkeit für einen Amtsgerichtsanwalt, während eines längeren Ferienurlaubs einen Stellvertreter der genannten Qualifikation zu bestellen, ist sicher für die meisten derselben im Vergleich mit dem Geschäftsanfalle in der Ferien-, besonders der Erntezeit und zu dem vielfach sehr bescheidenen Einkommen mit einem ganz unverhältnismäßigen Kostenaufwande verbunden.

In laufenden, nach den Ferien weiter zu führenden Sachen wird der Vertreter selten ersprießlich thätig sein können, neuanfallende Sachen, soweit sie nicht leicht verschoben oder leicht

von Gehilfen entgegengenommen werden können, werden es wenige sein; es wird aber

b) vielfach dem Amtsgerichtsanwalte geradezu unmöglich sein, einen Stellvertreter bestellen zu können, wenigstens zur Zeit in Württemberg.

Zur Zeit sind in Württemberg

je nur 1 Anwalt bei 12 Amtsgerichten,
je 2 bei 12 Amtsgerichten,
je 3 bei 5 Amtsgerichten.

Mag es schon in den letzten 5 Fällen schwierig und vielfach unthunlich sein, die Ferien gegenseitig so einzuteilen, daß ein Kollege die Vertretung der anderen übernimmt, so fällt diese Möglichkeit in den ersten Fällen unbedingt weg, dasselbe gilt aber sicherlich auch für die zweiten Fälle, da der eine der beiden Anwälte an einem Gerichte naturgemäß ganz regelmäßig der Gegner des anderen ist und wird.

Es hätten sonach immerhin 36 Anwälte Württembergs sich um Stellvertreter für einen Ferienurlaub umzusehen und wären hiefür auf die der Anwaltschaft nicht zugehörigen Rechtskundigen angewiesen, da auch eine Vertretung durch auswärtige Anwälte bei der Notwendigkeit, am Platze zu sein, wohl nur höchst selten möglich sein wird.

Von genannten Rechtskundigen dürften etwa 2 Examenspromotionen von Referendären II. Klasse und einige Referendäre I. Klasse in Rechnung zu nehmen sein, durchschnittlich etwa eine Zahl von 30—40. Allein hievon entfallen diejenigen, die besonders im Hinblick auf das bevorstehende Examen sich nicht verwenden lassen wollen, sodann diejenigen, die in den Ferien zu Militärübungen eingezogen werden, endlich aber und besonders diejenigen, welche als Stellvertreter für Landgerichtsanwälte absorbiert werden.

Es läßt sich mit ziemlicher Bestimmtheit sagen, daß mehrere der Amtsgerichtsanwälte selbst mit eifrigem Korrespondieren je und je in der Lage sein werden, Stellvertreter nicht zu finden.

c) Das Prinzip des Gesetzes, das nur bei dem Landgericht den Anwaltszwang kennt, läßt aber auch eine Not-

wendigkeit nicht erkennen, daß wenn an einem Orte, der zufällig einen Amtsgerichtsanwalt hat, dieser verreist, nun ein Rechtskundiger für das Publikum da sein muß, während andere Amtsgerichte keinen Anwalt und keinen rechtskundigen Vertreter haben, und auch an Gerichten mit Amtsgerichtsanwälten häufig andere Vertreter funktionieren, endlich das Publikum in den bei den Amtsgerichten seltenen dringlichen Ferienfällen leicht direkte Hilfe beim Gerichte findet.

Vgl. auch die oben unter I. a) am Schlusse hervorgehobenen Begründungen der Regierungsvertreter.

Nach All dem dürfte eine Aenderung der diesfallsigen Bestimmungen für Amtsgerichtsanwälte zu erstreben sein, wenn auch etwa nur dahin, daß die Zeit der Abwesenheit während der Ferien für dieselben verlängert, oder daß ihnen die Möglichkeit gegeben wird, für diese Zeit andere geeignete Stellvertreter zu bestellen, etwa mit einer Kautel konform derjenigen des § 25 Abs. 2 (Anordnung der Landesjustizverwaltung).

Der Referent beantragte hienach:

Mit Rücksicht auf die im Allgemeinen hervorgehobenen besonderen und schwierigen Verhältnisse, sodann darauf, daß im gegebenen Falle ein Mißstand durch Unterlassung eines gesetzlichen Vertreters nicht eingetreten ist, auch daß Rechtsanwalt N. seine Abwesenheit bei Gericht angezeigt hat, wird beantragt, von disziplinärem Vorgehen abzusehen, dagegen den Rechtsanwalt N. darauf hinzuweisen, daß die Rechtsanwaltsordnung auch dem Amtsgerichtsanwalte die Bestellung eines Stellvertreters im Sinne des § 25 auferlegt und es sonach seine Obliegenheit gewesen wäre, nach Möglichkeit ernstlich zu versuchen, solche herbeizuführen.

Diesem Antrag zufolge wurde bei der Beratung des Vorstands der Anwaltskammer, in der die Ansichten sehr geteilt waren, mit schwacher Stimmenmehrheit beschlossen, von einem Einschreiten gegen R.A. N. abzusehen, ihm jedoch zu eröffnen, „daß es seine Obliegenheit gewesen wäre, sich wenigstens nach Möglichkeit um eine Stellvertretung im Sinne des § 25 R.A.O. zu bemühen.“

III.

Kleinere Mitteilungen aus der Praxis.

I. Zur Lehre vom Gesinderechte.

Von

Landgerichtspräsident Dr. von Lang zu Rottweil.

Auf die Klage des Vaters eines aus dem Dienste bei dem Beklagten getretenen Dienstboten auf Zahlung des rückständigen Lohns bestritt der Beklagte seine Verbindlichkeit, weil der Dienstbote den Dienst ohne Grund verlassen habe; das Amtsgericht nahm auf Grund des eingezogenen Beweises an, daß der Dienstbote den Dienst aus rechtmäßigen Ursachen verlassen habe und verurteilte den Beklagten dem Klagegesuch entsprechend. Die erhobene Berufung wurde verworfen, jedoch aus andern, nämlich den folgenden Gründen:

§ 1. Wie diese Civilkammer schon in einem früheren Urteile [1]) erkannt hat, ist der Dienstherr selbst dann, wenn ein Dienstbote ohne gerechten Grund den Dienst verläßt, nur zur Schadensersatzforderung berechtigt, aber nicht befugt, den rückständigen Lohn unter allen Umständen, mag er nun Schaden haben oder nicht, zurückzubehalten. Es ist zwar von verschiedenen Seiten [2]) versucht worden, dies als unrichtig und die vulgäre Meinung über den Sinn des Landrechts II, 17, § 8 Abs. 2 als die richtige darzustellen, allein dies ist nicht gelungen.

§ 2. Wenn in Boschers Zeitschrift am angeführten Orte vor Allem darauf hingewiesen wird, es habe sich ja von

1) Jahrbücher für württ. Rechtspflege, II, S. 97 ff.

2) daselbst S. 225 ff. und Boschers Zeitschrift XXXI, S. 198 ff.

selbst verstanden, daß der Dienstbote für die künftige Zeit, in welcher er nicht mehr diene, keinen Lohn anzusprechen habe, so ist dies durchaus nicht richtig. Denn nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen ist auf jeder Seite Recht und Pflicht, den Vertrag festzuhalten und bis zum Ende zu erfüllen; wenn nun der Dienstbote in einer augenblicklichen Aufwallung den Dienstvertrag ohne Ursache ferner zu erfüllen sich weigert, dies dann aber bald bereut und sich zur Fortsetzung bereit erklärt, so müßte nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen der Dienstherrn, solange noch res integra ist, ihn wieder annehmen oder, wenn er ihn nicht mehr annehmen will, den Lohn bis zu dem Zeitpunkt, auf welchen er hätte kündigen können, bezahlen [1]). Die angeführte Stelle des Landrechts kann also füglich dahin verstanden werden, daß sie in Abänderung des gemeinen Rechts dem Dienstherrn das Recht geben wollte, einen solchen Dienstboten nicht wieder annehmen und ihm daher auch keinen Lohn bis zu der Zeit, auf welche hätte gekündigt werden können, bezahlen zu müssen, und diese Auslegung muß auch der anderen (bisher gewöhnlichen) vorgezogen werden, weil letztere in grobem Widerspruch mit den sonstigen Grundsätzen des Gesinderechts, ja den allgemeinen Rechtsgrundsätzen und der Moral ist.

§ 3. Es ist nämlich in § 8 des angeführten Gesetzes für den Fall, daß der Dienstherr den Dienstboten doch wieder nehmen wollte, Klage auf Erfüllung oder Schadensersatz gestattet, im andern Fall aber könnte der Dienstherr doch, wenn er gar keinen Schaden hat, sich durch Zurückbehaltung des rückständigen Lohns ohne allen Grund bereichern. Es ist bekannt, daß viele Bauern im Winter nicht soviel Dienstboten nötig haben, als im Frühjahr, Sommer und Herbst (Frühjahr- und Herbstsaat, Heu- und Getreideernte ꝛc. ꝛc.),

1) l. 19 § 9—10, l. 38 D. locati, Windscheid, § 401 zu Note 7 und die hier Citierten, auch Stobbe, § 187 zu Note 19 (wornach nur beharrlicher Ungehorsam oder Widerspenstigkeit, Vernachlässigung des Dienstes ꝛc. als Ursache, warum der Dienstherr seinerseits den Dienstboten entlassen könne, angeführt sind).

daß sie aber doch den Stand des Frühjahrs bis Herbst auch im Winter beibehalten, um ihn im Frühjahr sicher zu haben. Wenn nun etwa ein Dienstbote von Frühjahr bis Frühjahr (auf ein Jahr) sich verdingt hat und im November oder Dezember davonlauft, so wird der Herr dann, wenn er einen Dienstboten aufs Frühjahr bekommt, sich hierauf beschränken, einen sofortigen Ersatz nur dann nehmen, wenn dies Bedingung dafür wäre, daß dieser Dienstbote über den Sommer bleibt. Hat er einen Dienstboten auf das Frühjahr bekommen, so stellt er wie gesagt bis dahin keinen als Ersatz des Abgegangenen ein, hat keinen Schaden, ja umgekehrt noch Nutzen, indem er Kost und Lohn erspart und würde sich durch Zurückbehaltung des Lohns auf ²/₃ oder ³/₄ Jahre, ja möglicherweise noch mehr, wenn der Dienstbote z. B. einen älteren Jahreslohn hätte stehen lassen — höchst unbillig bereichern.

Wenn endlich[1]) darauf hingewiesen wird, daß der wirkliche Schaden sehr schwer zu erweisen sei, und daher die Zurückbehaltung des Lohns eine Aversalentschädigung bilde, so ist Ersteres nicht richtig, da der Dienstherr ja nur anzuführen braucht, daß er z. B. einen Andern höher habe bezahlen oder daß er Taglöhner habe nehmen müssen, und was diese mehr gekostet haben, und es ist ja auch durch § 260 der C.P.O. der Beweis des Schadens sehr erleichtert.

§ 4. Ferner ist schon in den Jahrbüchern, II, S. 101—2 darauf hingewiesen, daß nach der vulgären Ansicht derjenige Dienstbote, welcher ohne genügende Ursache austritt, schlimmer behandelt werde, als derjenige, welcher den Dienstherrn wörtlich und thätlich injuriert, bestiehlt rc. und hiedurch seine Entlassung durch den Dienstherrn selbst verschuldet, indem Letzterer nur den Schaden zu ersetzen hat, und wenn der Dienstherr keinen Schaden hat, also auch keinen zu zahlen braucht, der erstere aber auch in diesem Fall noch den wohlverdienten Lohn verliert. Auch ist, wie schon angedeutet, zweierlei Maß auf den wortbrüchigen Dienstherrn und den

1) Siehe Boscher, a. a. O. S. 201.

Dienstboten angewendet, Ersterer braucht nur den wirklichen Schaden dem Dienstboten zu ersetzen, während Letzterer ohne alle Rücksicht auf Schaden den rückständigen Lohn verlieren würde. Ja es könnte hiedurch ein sehr unmoralischer Zustand herbeigeführt, das Verhältnis zwischen Dienstherrn und Gesinde geradezu vergiftet werden. Wenn nämlich einmal Dienstherr und Dienstbote sich nicht gut vertragen, so würde Jeder den Andern zum Bruche des Dienstverhältnisses zu bringen suchen, der Dienstherr würde den Dienstboten verächtlich behandeln, ohne daß es gerade zu einer strafbaren Injurie käme, durch tausend Nadelstiche so reizen, daß er endlich davonlaufen wird, und dann wäre er nicht nur den Dienstboten los, sondern brauchte ihm auch keinen Lohn zu zahlen. Der Dienstbote aber würde sich umgekehrt vornehmen, sich nicht hiezu treiben zu lassen, würde durch Widerspenstigkeit, Grobheiten, Injurien vor Dritten den Dienstherrn moralisch zu nötigen suchen, daß er ihn fortschicke, und wer es nun in diesem unmoralischen Wettstreit, sich schlecht und verächtlich behandeln zu lassen, länger aushalten würde, wäre Sieger.

§ 5. Schon in der angeführten Abhandlung in den württ. Jahrbüchern ist auf die Gesindeordnung für Stuttgart hingewiesen worden; die Civilkammer hat nun aber auch noch sämtliche im Lande bestehenden und genehmigten Gesindeordnungen sich erbeten und ist das Ergebnis folgendes:

Einige wenige enthalten keine Bestimmungen, andere regeln nur die Zuständigkeit für die (als bestehend vorausgesetzten) Ansprüche auf Schadensersatz, in verschiedenen Oberämtern bestehen gar keine Gesindeordnungen, es wird aber nach mehreren Berichten in denselben die Stuttgarter Gesindeordnung angewendet, dagegen haben 20 im Wesentlichen folgenden Inhalt:

> § ... Der Dienstbote, welcher vor Ablauf der Dienstzeit ohne gesetzmäßige Ursache den Dienst verläßt, kann wegen Fortsetzung des Dienstes und wegen Schadensersatzes vor Gericht belangt werden.
>
> § ... Will aber die Herrschaft einen solchen Dienstboten nicht wieder annehmen, so ist sie berechtigt, einen

andern an seiner Stelle zu dingen und der ausgetretene Dienstbote ist ihr zu ersetzen schuldig, was sie bis zum Ablauf seiner Dienstzeit auf den neu angenommenen Dienstboten mehr, als jener bezogen hätte, verwenden muß;
und nur eine dieser Ordnungen gestattet, das Haftgeld pro rata der noch übrigen Dienstzeit vom Lohn abzuziehen.

Eine dieser Ordnungen setzt nur für den besonders dolosen und raffinierten Fall, daß der Dienstbote durch schlechte Aufführung den Dienstherrn nötigt, ihn zu entlassen, um dann bei einem Andern eintreten zu können, den Verlust des rückständigen Lohnes fest; dies ist aber nicht so fast auf den Dienstboten selbst, als auf den Dritten (welcher hiedurch von der Abspenstigmachung zurückgeschreckt oder doch auf diese Weise durch Ersatz an den Dienstboten bestraft werden soll) gemünzt. — Nur drei dieser Gesindeordnungen lassen den Verlust des rückständigen Lohns des letzten Quartals, aber neben dem Schadensersatze zu, setzen aber auch als Gegengewicht entsprechende Strafe für den Dienstherrn, welcher das Gesinde ohne Grund entläßt, fest; denn nach der einen hat der Dienstherr den Lohn für das laufende und folgende Quartal, wenn aber die Entlassung nach der Kündigungszeit geschehen, einen Vierteljahrslohn zu bezahlen, nach den andern beiden Lohn und Kost für die übrige Dienstzeit und bei Entlassung nach der Kündigungszeit noch auf ein Vierteljahr, und lassen sie, wenn der Dienstbote einen anderen Dienst erhält, nur die Entschädigung für Kost fallen. Also ist auch nach allen diesen 3 Gesindeordnungen möglich, daß der Dienstherr zur Strafe einen Vierteljahrslohn zu zahlen habe, obgleich der Dienstbote einen andern Dienst gefunden hat, keinen Schaden hat, und so darf man auch diese 3 Gesindeordnungen nicht als der vulgären Auslegung des Landrechts (wornach die Lohninnebehaltung eine einseitige Aversalentschädigung des Dienstherrn für den möglichen Schaden wäre) beistimmend ansehen, sondern unterscheiden sie sich sehr wesentlich im Sinne der Gleichstellung von Dienstherrn und Gesinde und im Charakter dieses Lohnverlusts als Strafe

neben dem Schadensersatz. Sodann wurden diese Gesindeordnungen festgesetzt durch die Amtsversammlungen, welche aus den erfahrensten Männern auf dem Lande zusammengesetzt sind, wohl durchgängig sogar dem Stande der Arbeitgeber angehören, sie sind durch Oberämter und Kreisregierungen geprüft, die älteren auch noch durch die Gerichte und kann man also wohl sagen, daß sie die allgemeine Rechtsüberzeugung sogar gerade im Kreise der Dienstherrn repräsentieren. — Spricht sich nun aber diese allgemeine Rechtsüberzeugung so bestimmt und unzweideutig gegen die einseitig nur zu Gunsten der Dienstherrn sprechende vulgäre Auslegung des Landrechts aus, will sie selbst nichts davon wissen, daß dieses Gesetz als ein nur zu Gunsten der herrschenden Klasse gegebenes anzusehen sei, so darf man auch wohl sagen, daß sich ein Gewohnheitsrecht in diesem Sinne gebildet habe.

§ 6. Da es hiernach gar nicht darauf ankommt, ob der Sohn des Klägers mit oder ohne gerechten Grund den Dienst des Beklagten verlassen hat, der Beklagte aber einen Schaden (z. B. durch kostspieligeren Ersatz des klägerischen Sohnes) gar nicht behauptet hat, so ist die Verurteilung desselben zur Zahlung des rückständigen Lohnes begründet, seine Berufung hiegegen aber kostenfällig zu verwerfen[1]).

II. Die unächten Bedingungen.

Von

Landgerichtspräsident Dr. von Lang zu Rottweil.

Ein lediger Dienstknecht, J. B. von D., hatte, während auf Klage seines Gläubigers die Pfändung vergeblich gewesen war, am 17. März 1892 den Offenbarungseid geschworen. Als nun zu Tage kam, daß er der von ihm schwangeren Dienstmagd M. K. im Februar/März 1892 — :· 311 M. gegeben

1) Für die Beurteilung der Frage, ob das von der Civilkammer Rottweil angenommene Gewohnheitsrecht in der That besteht, wäre es von Interesse, die Praxis der andern Civilkammern in Betreff der in Rede stehenden Materie kennen zu lernen. — Anm. d. Red.

hatte, wurde er wegen Meineids in Untersuchung gezogen, die Untersuchung wurde jedoch eingestellt, da er behauptete, er hätte diese 311 M. der K. geschenkt und dieselbe dies bestätigte. — Nun erhob der Kläger F. X. B. von D. (der oben angeführte Gläubiger des J. B.) gegen die Beklagte Klage auf Anfechtung dieser Schenkung nach § 3 Ziff. 3 des Gesetzes vom 21. Juni 1879, wogegen in diesem Rechtsstreit die Beklagte (welche inzwischen am 5. September 1892 ein Kind geboren hatte, welches aber am 14 Oktober 1892 starb) bestritt, daß sie die 311 M. als Geschenk erhalten habe, da ihr ja aus der Schwängerung ein Anspruch auf Alimente zugestanden sei.

Das Amtsgericht verurteilte die Beklagte dem Klagegesuch entsprechend, indem dasselbe annahm, vor der Geburt des Kindes habe überhaupt noch gar kein Anspruch bestanden und ein Alimentenanspruch stehe überhaupt nicht der Geschwängerten, sondern dem Vormund des Kindes zu.

Auf erhobene Berufung nahm die Civilkammer an, daß auch schon vor der Geburt ein bedingter Anspruch und zwar der Beklagten gegen ihren Schwängerer bestanden habe aus folgenden Gründen:

„Allein die Thatsache, daß sie von einem unehelichen Umgange mit dem B. schwanger war, begründete allerdings schon damals einen latenten, bedingten Anspruch der Beklagten, wenn derselbe auch gleich noch nicht wirklich existent, actio nicht nata war. Es handelte sich hiebei allerdings nicht um einen bedingten Anspruch im eigentlichen Sinne des Wortes, um ein künftiges noch ungewisses Ereignis, von dessen Eintritt oder Nichteintritt durch besondere Festsetzung einer Person oder zweier Kontrahenten die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts abhängig sein sollte, vielmehr um ein nur ähnliches Verhältnis. Ob nämlich einer Thatsache rechtliche Wirkung zukomme oder nicht, und welche ihr zukomme, braucht nicht notwendiger Weise sogleich mit ihrem Wirklichwerden entschieden zu sein, möglicherweise kann dafür erst eine spätere Gestaltung der Verhältnisse entscheidend sein. Im letzteren Falle ist einstweilen ein Zustand der Ungewißheit oder

Schwebe vorhanden[1]). Gerade dies trifft hier zu; die Thatsache der Schwängerung hat zur regelmäßigen Folge die Geburt eines Kindes und damit die Alimentenpflicht des (unehelichen) Vaters; in der Zwischenzeit liegt ein ganz ähnlicher Zustand der Schwebe, der Ungewißheit vor, wie bei einer eigentlichen Bedingung, und rechtfertigt es sich daher, gerade hier wo als regelmäßige Folge, wenn nicht besondere Zufälle eintreten, die Geburt eines lebenden Kindes zu erwarten ist, auch diejenigen Rechtswirkungen anzunehmen, welche beim Schweben der Bedingung, bei der Ungewißheit, ob sie eintrete oder nicht, Platz greifen[2]). Bei solchen bedingten Ansprüchen ist nun nicht gestattet, den Eintritt derselben dolose zu verhindern[3]), sie sind im Gant zu liquidieren, das Geld hiefür

1) Siehe Windscheid, I, § 67. (Beispiele aus dem römischen Recht: Eine Schenkung des Ehemanns an seine Frau, welche durch seinen ohne vorherigen Widerruf erfolgten Tod, eine Einräumung einer Servitut durch einen Miteigentümer, welche durch die spätere Zustimmung des andern Miteigentümers rechtsgiltig wird, l. 20 D. XXIV, 1, l. ult. D. VIII, 4).

[Ein weiteres Beispiel bilden auch die Früchte des Grundstücks während der Dauer eines Pachts oder einer Nutznießung. Wenn nämlich der Pächter oder Nutznießer auch ausgesät hat und die Früchte auf dem Felde stehen, oder solche sonst ohne sein Zuthun gewachsen sind, wie Obst auf den Bäumen, so erwirbt er das Eigentum derselben doch erst vom Augenblicke der Trennung vom Boden an, vgl. Lang, Sachenrecht I, S. 224, 485, 494. Inzwischen, bis dies geschieht, ist der Eigentümer von Grund und Boden auch noch Eigentümer der stehenden Früchte und der Pächter und Nutznießer haben darauf, daß, wenn zur Zeit der Reife und notwendigen Trennung der Frucht der Pacht oder die Nutznießung noch besteht, nicht etwa (z. B. durch den Tod des Nutznießers) erloschen ist, sie die Frucht beziehen und hiedurch das Eigentum erwerben dürfen, einen (durch die Fortdauer von Pacht oder Nutznießung bedingten) Anspruch. Es hat sich daher auch die Rechtsfrage erhoben, wer, wenn in dieser Zwischenzeit die Frucht beschädigt oder gestohlen werde, als Beschädigter anzusehen sei, der Eigentümer der Hauptsache oder der Pächter oder Nutznießer? l. 12 § 5 D. VII, 1. Ich möchte daher in solchen Fällen von unächten Bedingungen sprechen.] Anm. d. Eins.

2) Vgl. l. 12 § 5 D. VII, 1 und Windscheid, § 89 Note 13.

3) Wächter, württemb. Privatrecht II, S. 694–95, 697, 700, Regelsberger, Pand. I, S. 570.

zu deponieren und, wenn die Bedingung nachträglich eintritt, den unbedingten gleich zu bereinigen [1]). Der bedingt Berechtigte kann Sicherstellung verlangen [2]), ja es ist sowohl, wenn eine Sache bedingt geschuldet ist, vorläufige Uebergabe, als wenn Geld geschuldet wird, Zahlung möglich [3]) und bei einer solchen Uebergabe oder Zahlung ist Rückforderung (bei letzterer mit einer condictio) nur dann gestattet, wenn sie im Irrtum (als ob man unbedingt schulde oder der Eintritt der Bedingung schon erfolgt sei) geschah [4]), in andern Fällen aber darf der bedingt Berechtigte Sache oder Geld behalten, bis die Bedingung eintritt und dann das Eigentum der Sache auf ihn übergeht und die Zahlung als unwiderruflich gilt [5]).

Es bestand also zur Zeit der Hingabe des Geldes ein thatsächlich bedingter Anspruch und zwar (was der Unterrichter mit Unrecht in Abrede zog) der Beklagten selbst. — Denn auf Tauf- und Kindbettkosten hatte jedenfalls sie selbst den Anspruch, aber auch bezüglich der künftigen Alimente war sie mitforderungsberechtigt. Dies geht ganz klar daraus hervor, daß sie, weil sie eventuell selbst alimentenpflichtig ist, einen Anspruch auf Befreiung von dieser Alimentenpflicht hat, daß sie verlangen kann, der Vormund des Kindes solle klagen und daß er andererseits auch nicht gegen ihren Willen klagen kann [6]), auch daß, wenn sie sich mit dem Schwängerer dahin abfindet, daß sie gegen eine Zahlung seinerseits die Ernährung des Kindes übernimmt und Vormund, sowie Vormundschaftsbehörde nichts dagegen haben, dies

---

1) Konkursordnung, § 59—60, § 142.

2) Konkursordnung, § 60 cit., Wächter, württ. Pr.Recht II, S. 700, Windscheid, I, § 89 zu Note 12—13 a, Regelsberger, I, S. 570, 673—74.

3) Wächter, daselbst S. 700, Regelsberger, S. 570.

4) l. 16 D. de cond. indeb., l. 7 § 3 D. XXIII, 3, l. 8 D. XII, 4, l. 1 § 5 D. XXI, 3, Regelsberger a. a. O.

5) l. 16 D. de solut. (46, 3), Regelsberger, a. a. O., Wächter, a. a. O., Dernburg, § 109.

6) Gerichtsblatt, XIX, S. 128 ff., Jahrbücher für württ. Rechtspflege, I, S. 328 ff., Lang, Supplement z. Personenrecht, S. 32—33.

für den unehelichen Vater bindend ist[1]), dieser also nicht sagen kann, er habe eine Nichtschuld gegenüber der Mutter übernommen. Daß der Vormund mitklagen muß, macht nichts aus, da auch in andern Fällen möglich ist, daß Jemand das Recht eines Andern klagend geltend mache (wie der Hausvater für sein Hauskind, der Ehemann kraft des Verwaltungsrechts für seine Ehefrau).

Hienach hatte die Beklagte einen bedingten Anspruch. Bei der Zahlung an sie ist im Zweifel zu vermuten, daß der Zahlende dies thue, um sie zu befriedigen, nicht aber, ihr ein Geschenk zu machen und die Schuld fortdauern zu lassen und B. hat auch selbst bezeugt, daß er die Absicht gehabt habe, ihr das Geld für das Kind als Abschlagszahlung seiner künftigen Schuld zu geben. Man könnte daher sogar sagen, daß, wenn sie je selbst das Geld aus Rechtsunkenntnis als reine Schenkung angenommen hätte, der Satz eintrete, „plus est in re, quam in existimatione[2]).“

Der übrige Teil der Gründe ist nicht von allgemeinem Interesse.

III. Die Anwendung des Handelsgesetzbuchs auf die Haftung für Viehmängel.

Von
Landgerichtspräsident Dr. von Lang zu Rottweil.

Wie in den Jahrbüchern für württ. Rechtspflege, V, S. 360 ff. ausgeführt wurde, hat sich die Civilkammer des K. Landgerichts zu Rottweil dahin ausgesprochen, daß das Gewährschaftsgesetz für Viehmängel vom 26. Dez. 1861/4. Febr. 1862 auch auf solche Kauf- oder Tauschverträge, welche als Handelsgeschäfte anzusehen seien, anwendbar sei und hat gegen eine Entscheidung eines Amtsgerichts vom 16. Mai 1894 (welches diese Frage verneint hatte) durch Urteil vom 19. Okt.

1) Gerichtsblatt, IV, S. 285–287, Württ. Archiv, XV, S. 433–34, Lang, Personenrecht, II. Aufl., S. 566.

2) l. 9 § 4 D. XXII, 6 und l. 2 § 2 D. pro emtore (XLI, 4), Lang, Sachenrecht I, S. 233–34.

1894 diese Ansicht festgehalten. In den Gründen ist nach Berufung auf die genannte Ausführung in den Jahrbüchern folgendes Weitere gesagt:

„Während bis zum Jahre 1861/62 in Württemberg bezüglich des Handelsverkehrs mit Vieh das auf Grund Vereinbarung mit den Regierungen von Vorderösterreich und Baden-Baden erlassene Generalreskript vom 17. Februar 1767 galt, wurden diese allmählich veraltet gewordenen, dem Stande der jetzigen tierärztlichen Wissenschaft nicht mehr entsprechenden Vorschriften durch ein neues, auch wieder auf Vereinbarung mit dem Nachbarstaat Baden beruhendes Gesetz vom 26. Dezbr. 1861/4. Febr. 1862 ersetzt und wurde auch sowohl in Baden selbst am 23. April 1859 ein gleichlautendes Gesetz erlassen, als wurden auch ähnliche Gesetze in Bayern am 26. März 1859 und im Großherzogtum Hessen am 15. Juli 1858 gegeben. In diese Zeit fielen aber auch die Vorbereitungen zur Einführung des deutschen Handelsgesetzbuchs (Einführungsgesetze für Baden vom 6. August 1862, Bayern Ende Februar 1862, Hessen vom 29. September 1862, Württemberg vom 13. August 1865), und nun ist es geradezu undenkbar, daß diese Staaten die Währschaftsgesetze in dem Sinne und zu dem Zwecke erlassen hätten, daß sie allgemein nur für die kurze Spanne Zeit bis zur Einführung des Handelsgesetzbuchs gelten sollten, dann aber nur noch für die wenigen Fälle, in welchen keine Handelsgeschäfte vorliegen (denn sowohl dann wenn der Käufer oder Verkäufer ein Viehhändler ist, als wenn es zum Schlachten verkauft wird, ist es ein Handelsgeschäft) gelten sollten. Insbesondere aber wäre es ja ganz widersinnig gewesen, wenn man, nachdem beim Verkehr mit Vieh die Bestimmungen des römischen Rechts sich als unzureichend und unzweckmäßig erwiesen hatten (vgl. z. B. Weiß H. M. S. 2—3) und daher schon im vorigen Jahrhundert spezielle Gesetze erlassen worden waren, welche nicht nur auf das einzelne Land, sondern benachbarte Länder, auf den Verkehr zwischen diesen berechnet waren, gerade für die Fälle, in welchen ein eigentlicher Verkehr statt-

findet (namentlich Verkehr auf Märkten) diese Gesetze wieder hätte abschaffen wollen und die Bestimmungen des römischen Rechts wieder einführen oder erstere durch den Begriff der kaufmannsguten Ware (H.G.B. Art. 335), welcher beim Verkauf von einzelnen individuell bestimmten Tieren, wo es keinen Marktpreis giebt, gar nicht paßt, hätte ersetzen wollen. — Dies kann man durchaus nicht annehmen, vielmehr ist die ganze Gesetzgebung dieser Zeit als ein zusammenhängendes Ganzes anzusehen. Dem Handelsgesetzbuch nebst Einführungsgesetz wurde der Sinn beigelegt, daß es auf die Fälle der Spezialgesetze für den Viehhandel nicht anwendbar sei, welche letztere also auch neben dem Handelsgesetzbuch, statt dessen, für Viehhandelsgeschäfte gelten sollen." Die materielle Entscheidung dieses Rechtsstreits dürfte dann wohl auch von Interesse sein. Die verkaufte Kalbin war bei dem Käufer sehr bald verendet und zeigte sich bei der Sektion, daß ein mit dem Futter verschluckter Eisendraht die Magenwand durchbohrt hatte und dies die Todesursache war; auch mußte nach den nicht angefochtenen Gutachten der beiden Sachverständigen das Tier den Draht schon vor der Zeit des Kaufs verschluckt haben, so daß also zu dieser Zeit das Tier schon eine unheilbare tötliche, aber außen nicht sichtbare Verletzung erlitten hatte. Mit Rücksicht darauf, daß wenn ein bereits totes Tier (von dessen Tode aber die an einem andern Ort handelnden Kontrahenten noch nichts wissen) verkauft wird, der Handel ungiltig ist, der Käufer den Kaufpreis nicht zu zahlen braucht[1]) und darauf, daß der Käufer nur den nach der Perfektion des Kaufes eingetretenen Zufall zu tragen hat (hier aber die Ursache des zufälligen Untergangs schon vor dem Verkaufe eingetreten ist), wurde angenommen, daß der Verkäufer für diesen (allerdings nicht unter das Gewährschaftsgesetz fallenden) Mangel hafte, und die Klage des Käufers auf Aufhebung des Kaufvertrags für begründet erklärt.

1) l. 57 pr. und § 1 D. XVIII, 1; l. 1 § 9 D XLIV, 7, Windscheid, Pand., § 315.

IV. Die Zuständigkeit bei Verträgen oder Geschäftsführung in öffentlich rechtlichen Angelegenheiten.

(Rechtssache der Gemeinde M. gegen die Gemeinden K. und F.).

Von

Landgerichtspräsident Dr. von Lang zu Rottweil.

Die Gemeinde M. a.D., welche mit den Gemeinden K. und F. und noch einigen andern Gemeinden in einem, diese zu gegenseitiger Hilfeleistung bei Brandfällen verpflichtenden sogen. Brandhilfsverband steht, hat unbestrittenermaßen den Schutt, welcher von einem am 4. April 1890 zu M. ausgebrochenen größeren Brand herrührte, durch die Bauunternehmer St. und K. im Weg des Akkords abräumen und abführen lassen, und nahm nun die Gemeinden K. und F. auf Grund ihrer Zugehörigkeit zu diesem Hilfsverband auf teilweisen Ersatz der ihr dadurch erwachsenen Auslagen in Anspruch. Diesen Anspruch stützte sie in erster Linie auf erteilten Auftrag, eventuell falls dieser nicht erwiesen oder für die Gemeinden nicht bindend sein sollte, darauf, daß sie hiedurch die Geschäfte der bekl. Gemeinden nützlich geführt habe. Die Klage wurde gegen die Gemeinde F. bei der Civilkammer, gegen die Gemeinde K. bei dem Amtsgericht Tuttlingen (Streitsumme unter 300 Mark) eingereicht. Das Amtsgericht verurteilte die Beklagte, die Civilkammer wies aber (unter Aufhebung des Urteils des Amtsgerichts) beide Klagen wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs ab und zwar im Wesentlichen aus folgenden Gründen:

Die Entfernung des Schuttes sei laut Art. 25 der Landesfeuerlöschordnung vom 7. Juni 1885 eine Obliegenheit der Gemeinden, und seien die männlichen Einwohner zu Handfrohnen, die Besitzer von Zugtieren aber zu Spannfrohnen verpflichtet; bei zu großer Ausdehnung des Brandplatzes und zu großem Umfang des Schuttes könne das Oberamt den im Hilfsverband stehenden Nachbargemeinden die unentgeltliche Hilfeleistung bei Abräumung und Abführen des Schutts auferlegen. Nach der Behauptung der Klägerin habe nun das Oberamt als zuständige Aufsichtsbehörde den Nachbargemeinden die Auflage gemacht, der Klägerin bei Abräumung und Abfuhr

des Schuttes behilflich zu sein. Dieses Recht der Klägerin und die entsprechende Pflicht der Beklagten gehöre unzweifelhaft dem öffentlichen Rechte an und die Entscheidung hierüber den Verwaltungsbehörden[1]). Nun verlange die Klägerin zwar nicht die Leistung in natura, sondern Ersatz und zwar in erster Linie auf Grund erhaltenen Auftrags, allein es sei anerkannten Rechtens, daß durch Uebereinkunft der Beteiligten über ein öffentlich rechtliches Verhältnis die Natur des letzteren an sich nicht geändert, dieses insbesondere nicht in ein Privatrecht umgewandelt werde[2]). Letzteres wäre nur dann der Fall, wenn durch den Vertrag der betreffende Anspruch jede Beziehung auf das öffentliche Recht verlieren würde, und ein neues Recht begründet würde, welches von den öffentlich rechtlichen Normen ganz unabhängig, nicht mehr nach denselben zu beurteilen wäre[3]). Dies treffe hier nicht zu, sondern es sei nach der Absicht der Gemeinden nur die Art der Hilfeleistung verändert worden, nur eine Modifikation der bestehenden öffentlich rechtlichen Berechtigung und Verpflichtung eingetreten.

1) cfr. Württ. Archiv, XV, S. 83 ff., insbes. S. 85.

2) Vgl. Württ Archiv, I, 270, 275, 411; II, 13, 14, 312, 316; V, 331; XIV, 264; XV, 66, 67, 69, 72, 77, 265, Gerichtsblatt XII, S. 191 unten.

3) Vgl. Hohl, das Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, S. 132; württ. Archiv, XV, S. 65 ff. [Ein Beispiel wäre eine ganz freiwillige Tilgung einer öffentlich-rechtlichen Leistung durch einen hiezu gar nicht Verpflichteten. Wenn z. B. Jemand (A) verreisen und vorher einen Freund B ersuchen würde, in seiner Abwesenheit die Steuer für ihn zu bezahlen, und B dies thun würde, oder wenn B ohne Auftrag, um dem A Unannehmlichkeiten zu ersparen, dies als sein Geschäftsführer thun würde, wenn dann A plötzlich sterben (oder in Gant kommen) würde und die Erben (oder Gläubiger) bestreiten würden, daß B aus eigenen Mitteln diesen Aufwand gemacht hätte, behaupten würden, er habe Deckung durch A gehabt, so würde zur Entscheidung dieses Rechtsstreits nur der Civilrichter zuständig sein; die Verwaltungsbehörde hätte nichts Streitiges zu entscheiden, und bei der actio mandati und actio negotiorum gestorum auf Ersatz wäre der Grund, aus welchem A die betreffende Summe schuldig war, ganz gleichgiltig gewesen, nur die Frage zu entscheiden, ob B aus seinen eigenen Mitteln einen Aufwand gemacht habe, und dies wäre Sache des Civilrichters.] — Anm. des Einsenders.

Auch die Klagebegründung aus der Geschäftsführung habe keinen anderen Grund, denn es sei ganz gleich, ob die Klägerin auf Vornahme der Handlung selbst klage, oder ob sie auf Ersatz der Auslagen klage, welche ihr durch eigene Vornahme der betreffenden Handlung erwachsen seien; auch in diesem Falle müsse ja zunächst festgestellt werden, ob die Beklagten zu der betreffenden Handlung (aus öffentlich rechtlichen Gründen) verpflichtet gewesen wären; diese Frage betreffe ein öffentlich rechtliches Verhältnis und darüber könne nicht der Civilrichter, sondern nur die zuständige Verwaltungsbehörde entscheiden [1]). Die Klägerin sei demgemäß wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs abzuweisen [2]).

---

1) Vgl. Württ. Archiv, XV, S. 95; Seuffert's Archiv, neue Folge VIII, S. 216; X, S. 345; XI, S. 215; XII, S. 205; Entscheidungen des Reichsgerichts, III, S. 270.

2) Vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts, III, Nr. 77; V, Nr. 47; XVII, Nr. 43 und 55; XXI, S. 192.

IV.

Abhandlungen.

I. Zur Frage: Ist, wo Scheidung wegen Ehebruchs nicht begehrt wird, eine auf den Ehebruch gestützte Einrede der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens, bzw. der Scheidungsklage wegen Quasidesertion gegenüber mit peremtorischer Wirkung statthaft?

Von

Oberlandesgerichtsrat Dr. Stiegele.

Die aufgeworfene Frage ist in mehrfachen Entscheidungen des I. Civilsenats des Oberlandesgerichts — Jahrbücher der württ. Rechtspfl. Bd. II, S. 269 ff. 291, 296 — vorwiegend[1] unter Berufung auf die württ. Ehegerichtsordnung von 1687 pars II, cap. 10 § 1 und cap. 13 § 1 einer — und cap. 9 andererseits bejaht worden, sofern sich daraus ergebe, daß die Anwendung von Zwangsgraden gegenüber einem durch Ehebruch des anderen beleidigten Ehegatten behufs Wiedervereinigung der Gatten unzulässig, mithin auch der Antrag des schuldigen Teils auf Wiedervereinigung, bzw. dessen Verlangen der Herstellung des ehelichen Lebens unstatthaft sei.

Dieser Ansicht stehen, ganz abgesehen davon, daß die auf Partikularrecht gegründete Unstatthaftigkeit der Herstellungsklage unvereinbar mit dem Prinzip des § 77 des Reichs-

---

1) s. die grundlegende Entscheidung S. 269 a. a. O. vom 14. Juni 1887; zu vgl. damit die (damals noch nicht veröffentlichte) Entscheidung des Reichsgerichts vom 4. Juni 1887, welche im Kontext des Näheren zur Sprache kommen wird (R.G. 18 Nr. 46 S. 228 ff.).

gesetzes vom 6. Febr. 1875 und deshalb durch dieses beseitigt sein dürfte (s. unten Ziff. 2), m. E. erhebliche Bedenken entgegen.

1. Wenn auch die Ehe=G.O. II, cap. 10 § 1 und II, cap. 13 § 1 den Eherichter unter Ausschluß von Zwangsmitteln anhält, zwischen dem Ehebrüchigen und dem unschuldigen Ehegatten „die Rekonciliation alles Fleißes zu tentieren," so weist doch schon die mit der Ueberschrift der pars I, cap. VI übereinstimmende Ueberschrift der pars II, cap. 9 „von Ehescheidung des Ehebruchs halber" darauf hin, daß auch in pars II, cap. 9 § 1 nur der Fall getroffen werden soll, wo der unschuldige Ehegatte die Wiedervereinigung einerseits verweigert, andererseits aber Scheidung begehrt. Daß nur für diesen Fall Vorschriften erteilt werden, folgt sodann ganz unzweifelhaft daraus, daß die Weisung zum ernstlichsten Sühneversuch mit den Worten eingeschärft wird: „mit allzuschneller Separation nach erschollenem Ehebruch nicht leichtlich fürzugehen, sondern vorher propter opem reconciliationis etwas damit (d. h. mit der Separation) zuzusehen." Den Fall, daß der durch den Ehebruch beleidigte Teil einerseits die Rekonciliation verweigern, andererseits aber auch keinen Antrag auf Scheidung stelle, hat die Ehegerichtsordnung thatsächlich wohl gar nicht für möglich gehalten, jedenfalls aber nicht in pars II, cap. 9 § 1 und auch sonst nicht ausdrücklich geregelt. Insbesondere geschieht dies nicht in den folgenden Paragraphen (2—6) des cap. 9 — und auch in pars I, cap. VI ist dieser Fall sowenig vorgesehen, als in pars II, cap. 13 mit dem Titel „Von Ehescheidung des Hinweglaufens . . . halber."

Ist aber aus unserem Landesrecht der Grundsatz, daß dem durch Ehebruch beleidigten Ehegatten gegenüber, wenn er, statt Scheidung zu verlangen, lediglich Trennung des ehelichen Zusammenlebens für unbestimmte, event. lebenslängliche Zeitdauer begehrt d. h. die Herstellung dieses Zusammenlebens schlechthin verweigert, die sonst zulässigen Zwangsmittel ausgeschlossen seien, mit Sicherheit nicht nachzuweisen, so

ist die aufgeworfene Frage nach den Prinzipien des gemeinen protestantischen Eherechts zu entscheiden d. h. zu verneinen.

2. Zwar wird diesbezüglich geltend gemacht (s. württ. Jahrb. II, S. 270/71), daß aus dem Umstande, daß das protestantische Eherecht dem unschuldigen Teile wegen Ehebruchs des andern Teils ein weitergehendes Recht, als nach kanonischer Vorschrift (cap. 4 X de divort. 4, 19; cap. 15, 16 de convers. conjug. 3, 32), nämlich statt bleibender Trennung zwischen Tisch und Bett (separatio perpetua) das Recht auf Trennung dem Bande nach gewährt, nicht abgeleitet werden dürfe, es habe dem ehebrüchigen Teile die ihm nach kanonischem Recht nicht zustehende Befugnis, die Herstellung des ehelichen Lebens zu verlangen, erteilt werden wollen, und es mag dies an sich richtig sein; allein die Befugnis des schuldigen Teils von dem unschuldigen Teil, wenn dieser die Ehescheidung nicht will, die Herstellung des ehelichen Lebens zu verlangen, folgt aus dem ferneren durch § 77 des Reichsges. vom 6. Febr. 1875 überdies zur staatlichen Norm verallgemeinerten Grundsatz des prot. Eherechts, nach welchem jeder Anspruch auf beständige Trennung der Ehegatten ohne Lösung des Bandes, mag dieser Anspruch im Wege der Einrede gegen die Herstellungsklage oder für sich klagweise verfolgt werden, versagt wird.

Der I. Civilsenat des Reichsgerichts hat sich hierüber in der in Note 1 oben citierten Entscheidung mit m. E. unwiderleglicher Begründung ausgesprochen wie folgt:

„Allerdings spricht die päpstliche Entscheidung in cap. 4 X „de divort. 4, 19 in Betreff des von der Ehefrau erhobenen „Anspruchs auf Wiedervereinigung mit dem getrennt von ihr „lebenden Ehemanne aus, daß Letzterer dazu nicht gezwungen „werden könne, falls die Klägerin Ehebruch begangen habe, „mit Ausnahme des Falles, daß er ebenfalls sich des Ehe„bruchs schuldig gemacht habe. Diese Entscheidung beruht auf „dem Grundsatze des katholischen Eherechts, daß wegen Ehe„bruchs nicht die Lösung des Ehebandes, aber die beständige „Trennung der Ehegatten verlangt werden kann; sie anerkennt, „daß letztere nicht allein durch Klage auf Separation, sondern

„auch im Wege der Einrede erreicht werden kann, indem der „Klage auf Wiederherstellung des ehelichen Lebens [1]) durch die „Einrede des Ehebruchs des klagenden Ehegatten begegnet „werden kann, wenn nicht der klagende Ehegatte diese Einrede „durch die Replik der Kompensation beseitigt.

„Unrichtig aber ist die Annahme, daß dieser Ausspruch „auch nach protestantischem Recht anwendbar sei, weil [2]) das„selbe dem verletzten Teil einen noch weiter gehenden Anspruch, „das Recht auf Lösung des Ehebandes, zugestehe. Hierbei ist „verkannt, daß das protestantische Eherecht von dem katholischen „nicht bloß darin abweicht, daß es diesen weitergehenden An„spruch gewährt, sondern auch darin, daß es den Anspruch „auf beständige Trennung der Ehegatten ohne Lösung des „Ehebandes versagt, was jetzt durch § 77 des Reichsgesetzes „vom 6. Februar 1875 verallgemeinert ist. Hieraus „folgt, daß eine beständige Trennung von dem anderen Ehe„gatten wegen Ehebruchs desselben ohne Lösung des Ehebandes „ebensowenig durch Einrede gegen die Klage desselben auf „Wiederherstellung des ehelichen Lebens, wie durch Klage auf „Gestattung der Trennung erreicht werden kann. Der Ehe„gatte, welcher wegen Ehebruchs des anderen die Auflösung „der Ehe verlangen könnte, aber von diesem Rechte keinen „Gebrauch macht, bleibt bei Aufrechterhaltung der Ehe den „für ihn daraus entspringenden Pflichten unterworfen und hat „deshalb kein Recht, die Wiedervereinigung mit dem anderen „Ehegatten anders als durch Erwirkung der Scheidung oder „der einstweiligen Gestattung des Getrenntlebens wäh„rend des Scheidungsprozesses zu verhindern. Wollte man „dies nicht annehmen, so würde, wie das Oberappellations„gericht zu Wiesbaden (Seuffert, Archiv, Band 16 Nr. 52) „zutreffend ausgeführt, der mit dem Wesen der Ehe unver„einbare Rechtszustand eintreten, daß die Ehe nach wie vor in

1) Die früher so bestrittene Statthaftigkeit dieser Klage nach kanon. Recht bzw. auch unter Katholiken scheint hienach das Reichsgericht nicht zu beanstanden.

2) bzw. obwohl (s. Jahrb. der württ. Rechtspfl. II, S. 271).

„allen Beziehungen bestehen bliebe und dennoch die Lebens-„gemeinschaft der Ehegatten aufgehoben wäre."

Unzutreffend ist hienach insbesondere auch die Erwägung (Jahrb. a. a. O. S. 272 o.), daß bei Zulassung der Einrede des Ehebruchs das Getrenntleben der Ehegatten ein thatsächliches, nicht auf ehegerichtlichem Urteil beruhendes sei. Ob der Richter den Anspruch auf getrenntes Leben der Ehegatten durch hierauf lautendes Urteil oder durch Abweisung der vom andern Teil erhobenen Herstellungsklage anerkennt, ist hieher selbstredend völlig gleichwertig. Ein thatsächliches, nicht auf ehegerichtlichem Spruch beruhendes Getrenntleben von Eheleuten ist nach kanonischem und protestantischem Eherecht zudem verpönt [1]), darf also sicherlich auch nicht als thatsächliche Folge eines ehegerichtlichen Urteils unterstellt werden.

Gegenüber der Erwägung endlich (Jahrb. a. a. O. S. 272), daß der durch Ehebruch beleidigte Teil bei Ausschluß seiner hierauf gegründeten Einrede gegen die Herstellungsklage des schuldigen Teils alsbald entweder zur Erhebung der Scheidungsklage wegen Ehebruchs oder zur Rückkehr zu dem schuldigen Teil mittels Zwangsmaßregeln, jetzt zur Anerkennung des Verlangens auf Herstellung des ehelichen Lebens gezwungen sein würde, ist zunächst auf das bezügliche Ermessen des früheren Eherichters hinsichtlich des Zeitpunkts der Zwangsmaßregeln und jetzt auf § 580 der C.P.O. zu verweisen, indem vorzugsweise in derartigen Fällen der Unschlüssigkeit des beleidigten Teils (Chikane desselben ist nicht zu unterstellen und wäre ein hierauf beruhendes Verhalten jedenfalls nicht zu beachten) die Aussöhnung der Parteien mit Grund für nicht unwahrscheinlich erachtet werden darf. Daneben aber ist im Auge zu behalten, daß mit Ausschluß der (peremtorischen) Einrede des Ehebruchs gegen den Anspruch auf eheliches Zusammenleben nicht auch eine auf den Ehebruch gegründete dilatorische Einrede d. h. ein Anspruch auf Abweisung

1) cap. 4 X l. c.; Schulte, Eher. S. 432; Carpzow, jurispr. eccl. consist. Lipsiae 1649 lib. II lit. 12 def. 207; s. auch Entsch. des Reichsger. 31 S. 150.

der Herstellungsklage zur Zeit bzw. ein Anspruch des beleidigten Teiles auf getrenntes Leben für eine bestimmte Zeit (Entsch. des R.G. Bd. 31 S. 152 Mitte)[1]) verneint ist, daß es vielmehr unter allen Umständen dem unschuldigen Teil unbenommen bleiben muß, sich eine gewisse, nach richterlichem Ermessen — und zwar im Sinne des württ. Eherechts der Evangelischen (vgl. Ehe- und Ehe-G.O. II cap. 10 § 1 und Art. 8 des württ. Ausf.-Ges. zum Reichsges. vom 6. Febr. 1875) bestimmt — zu begrenzende Zeit hindurch dem schuldigen Teile fern zu halten, mag dieser die Herstellung des ehelichen Lebens selbst auf Grund bereits vorliegenden rechtskräftigen Urteils oder ohne solches verlangen. — Vgl. Jahrb. a. a. O. S. 296 Ziff. III, 291, 297.

Daß endlich nicht bloß die Einrede des Ehebruchs, sondern auch ein hierauf gegründeter Scheidungsanspruch überall ausgeschlossen ist, wo der Ehebruch durch die beharrliche grundlose Weigerung des zur Herstellung des ehelichen Lebens verurteilten Teils, dem Urteile Folge zu leisten, verschuldet erscheint (zu vgl. württ. Arch. XVIII, S. 401 ff. und Jahrb. der württ. Rechtspfl. II, S. 307), mag hier noch der Vollständigkeit halber erwähnt sein. Möchte selbst für das katholische Eherecht die Frage zweifelhaft sein[2]), so entbehrt doch nach den Aussprüchen von Karpzow[3]), Böhmer[4]),

1) vgl. auch R.G. bei Seuffert, Bd. 49 Nr. 253. — Anm. d. Red.

2) zu vgl. einerseits württ. Arch. a. a. O. S. 405—408 oben und andrerseits Jahrb. a. a. O. S. 307 Note 1. Mit der hier citierten Entscheidung (württ. Ger.-Blatt, XIII, S. 310) ist ein Zweifel keinenfalls beseitigt.

3) Carpzow, l. c. def. 211 Nr. 11.

4) Boehmer, G. L. Principia jur. can. Goett. 1802 S. 40: Si maritus in causa fuit, quod uxor adulterio se commaculаret, vel substituendo illam alteri, vel, quod ab utraque parte accidere potest, denegando debitum, exceptione ab agendo ad divortium recte removebitur. Non quamvis autem denegationem hujusmodi exceptionem operari, sed malitiosam et incorrigibilem, quae quasi desertio vocatur.

Hochstetter[1]) und Hauber[2]) ein diesbezüglicher Zweifel für das protestantische Eherecht m. E. jeden Grundes. Nach diesem Eherecht ist unstreitbar der Quasidesertionsklage stattzugeben trotz Ehebruchs des verlassenen Teils, wenn der Ehebruch von dem Desertor im obigen Sinne verschuldet war, wonach für diesen Fall die Frage der Kompensation des Scheidungsgrundes der Desertion bezw. der Quasidesertion einer — und des Scheidungsgrundes des Ehebruchs andrerseits nicht erst zu erheben ist[3]).

II. Sind in Art. 1 Ziff. 1 des württ. Verjährungsgesetzes vom Jahr 1852 unter „Forderungen für Waren" auch Forderungen aus Tausch begriffen?

Von

Oberamtsrichter Betz in Waiblingen.

I. In einem Berufungsurteile ist die diese Frage verneinende Ansicht der Kommentare Lamfromm S. 37 und Betz S. 16/17 als rechtsirrtümlich bezeichnet worden; ob mit Recht? soll mit nachstehender Ausführung erörtert werden.

II. Behauptet wurde:

1. Der Ausdruck „für Waren" schließe die Tauschverträge nicht aus und begreife das Gesetz unter Forderungen nicht bloß Geldforderungen und wäre übrigens die Forderung auf Aufgeld beim Tausch eine solche,

2. die Tendenz des Gesetzes spreche für die Herein-

1) Hochstetter, comp. jur. matr. außer der Stelle S. 65 § 6 auch S. 69 § 5 und S. 74 § 12.

2) Hauber, württ. Eherecht der Evangelischen, 2. Aufl. 1876, S. 43/44 Nr. 163 und S. 52 Nr. 190 Anm. 2.

3) Zu vgl. hierüber S. 228—230 der in Note 1 oben alleg. reichsgerichtlichen Entscheidung. M. E. liegen sonst gleichartige, jedenfalls aber gleichschwere Verstöße gegen die fides matrimonii vor (s. württ. Arch. a. a. O. bei und in Note 13).

beziehung desselben unter Ziff. 1 des Art. 1 (baldige Berichtigung und Zusammenhang mit dem Gewerbebetrieb),

3. es sei bei den Kammer-Verhandlungen nichts davon erwähnt worden, daß die Forderung aus einem Kauf- bzw. Mietvertrag entstanden sein müsse und komme es auf die juristische Natur des Rechtsgeschäfts, aus welchem die Forderung für Waren entstanden sei, nicht an,

4. es gehe dies aus der Beratung über Art 1 Ziff. 3 des Regierungsentwurfs (Forderungen aus dem Handel mit Produkten von eigenen oder gepachteten Gütern, sowie mit den davon ernährten Tieren und deren Erzeugnissen, sei es daß die Produkte roh oder in einem andern Zustand verkauft werden) hervor; dort sei, nachdem Art. 1 Z. 1 in seiner jetzigen Fassung debattelos angenommen worden sei, darüber gestritten worden, ob der Kreis der Gegenstände des in Frage stehenden Handels erweitert werde, und habe man davon gesprochen, daß nicht nur der Verkauf, sondern die Veräußerung jener Gegenstände unter das Gesetz fallen soll, und habe man schließlich den Ausdruck Verwertung von Erzeugnissen des Bodes 2c. vorgeschlagen, da die Ziff. 3 nicht bloß den Verkauf, sondern auch die Forderungen aus dem Tauschvertrag, welche in Verbindung mit einem sog. Aufgeld auf Pferd- und Rindviehmärkten sehr häufig vorkommen, in sich begreife, dieser Sinn aber das Wort Verwertung am richtigsten ausdrücke; schließlich sei die ganze Ziff. 3 aus dem Gesetze weggeblieben und zwar nicht deshalb, weil nach der Fassung der Kammer der Abgeordneten auch der Tausch unter Ziff. 3 fallen sollte, sondern weil über den Kreis der Gegenstände, um deren Verwertung es sich handelte, die Ansichten auseinander gingen, und habe sich die Verhandlung, bei welcher von der Forderung aus Tausch die Rede war, gar nicht auf Ziff. 1 bezogen.

III. Dem mag entgegnet werden:

1. Unter Forderungen für Waren verstand und versteht man gewöhnlich Forderungen aus Kauf (Lieferung) von Waren und zwar speziell die Klage des Verkäufers auf Be-

zahlung des Kaufpreises und werden wohl in den Klagen von Rechtsanwälten, in den Prozeßlisten 2c. die Klagen aus Tausch kaum mit „Warenforderung" oder „Forderung für Waren" im Rubrum bezeichnet werden; wenn der Ausdruck „Forderungen für Waren" den Tausch auch nicht ausschließt, so ist damit noch nicht gesagt, daß er ihn in sich schließt,

2. sodann kommt in Betracht, daß das württ. Verjährungs-Gesetz seine Vorgänge hat, daß namentlich der code Napoléon und was ihn nachahmte, speziell das großh. hess. Gesetz (rechtsrheinisch) vom 19. März 1853, das im Entwurfe vorlag, als Vorbild diente; nun spricht ersterer in Art. 2271 von „celle — nämlich action — pour le paiement de leurs . . . fournitures" (im bad. Recht übersetzt mit „auf Zahlung . . . ihrer Lieferungen"), ferner in Art. 2272 „celle des marchands pour les marchandises, qu'ils vendent . . ." (bad. Recht: welche bei ihnen genommen werden). In Art. 14 des alleg. hess. Ges. heißt es: „Klagen Z. 1. . . . der Handwerker und Gewerbstreibenden auf Zahlung ihrer Lieferungen . . . Z. 3. 4. der Kauf- und Handelsleute auf Zahlung der Waren, welche — aufgenommen sind,"

3. die Tendenz des Gesetzes spricht eher dagegen. Das erwähnte Berufungsurteil bemerkt, die Nichterwähnung des Tausches bei den Kammerverhandlungen 2c. erkläre sich aus der verhältnismäßigen Seltenheit dieses Rechtsgeschäfts; aber der Gesetzesentwurf bezweckte „für diejenigen aus dem gewöhnlichen täglichen Verkehr oder aus sonstigen häufig vorkommenden Rechtsverhältnissen entspringenden Forderungen" die Einführung der kurzen Verjährungsfrist, also ist eher der Schluß gerechtfertigt, daß man an die Tauschverträge nicht dachte, sondern sie geradezu ausschließen wollte.

4. Die Kammerverhandlungen über Ziff. 3 des Entwurfs ergeben eher das Gegenteil. Wohl wurde dort über Erweiterung des Kreises der hereinzuziehenden Gegenstände gestritten, aber nicht bloß hierüber, sondern auch über die Erweiterung der Rechtsgeschäfte. Das schon erwähnte hess. Gesetz besagt: . . . „Ziff. 5. die Klagen aus allen

Händeln mit Vieh, Früchten und sonstigen Landesprodukten rc." Hier sind die Klagen aus „allen Händeln" besonders erwähnt und zwar wie unschwer zu erklären, nicht umsonst, da hier verschiedene Rechtsgeschäfte öfters vorkommen, während in Ziff. 2. 4. des Art. 14 des hess. Ges. nur die Forderungen auf Bezahlung erwähnt sind. Man wollte bei der Beratung der württ. Kammern den Begriff des Rechtsgeschäfts nur bei den Gegenständen, um deren Erweiterung es sich handelte, ausdehnen und ist ein Schluß rückwärts nicht gerechtfertigt, etwa dahin, daß dies nunmehr auch bei den Objekten rc. der schon angenommenen Ziff. 1 zutreffen solle, wo die Beratung schon abgeschlossen war und es sich um Kaufleute rc. rc. handelt, bei welchen regelmäßig Kauf-(Lieferungs-) Geschäfte vorherrschend sind. Gerade daraus, daß im Entwurf bei Ziff. 3 zuerst nur der Ausdruck Verkauf gebraucht wurde, läßt sich schließen, daß man bei Ziff. 1 speziell (nur) an Kaufgeschäfte gedacht haben wird. Bei der Beratung wurden wie oben betont die Tauschverträge für Ziff. 3 als namentlich bei Pferde- rc. Märkten sehr häufig vorkommend erwähnt, bei seltenem Vorkommen hätte man sie also nicht einmal hier hereinbezogen,

5. ferner fallen auch andere Klagen (Ansprüche) nicht unter die Kategorie des Art. 1 Ziff. 1 des württ. Verj.Ges., welche man sonst nach dem Wortlaut darunter begreifen könnte, nämlich nicht die Wandlungs-, Minderungs-, Verletzungsklage [1]) rc. rc.,

6. das bair. Gesetz vom J. 1859, welchem unter anderem das württ. Verjährungsges. zum Vorbild diente, sagt gleichfalls in Art. 3 Ziff. 3. „Handelsleute wegen Bezahlung der Waren, welche sie ... abgegeben haben" und in Ziff. 4.: „der Künstler, Gewerbetreibenden rc. wegen Bezahlung ihrer Lieferungen" und spricht ein Urteil des R.O.H.G. [2]) zu dieser Ziff. 3 ausdrücklich von Warenkaufsgeschäften [3]).

1) vgl. meinen Kommentar S. 17/18.

2) Entsch. Bd. 19 S. 289.

3) vgl. Rüdorf, die deutschen Klagenverjährungsgesetze rc., S. 168 Anmerkung 6.

Bemerkungen zu vorstehendem Aufsatz.

Von
Oberlandesgerichtsrat Th. Pfizer.

Der im Vorstehenden verteidigten Entscheidung der in der Ueberschrift bezeichneten Streitfrage dürften doch gewichtige Bedenken entgegenstehen. Es mag allerdings zweifelhaft sein, ob der Gesetzgeber bei Art. 1 Ziff. 1 des Verjährungsgesetzes auch an Forderungen aus Tausch gedacht hat. Dafür, daß das Gesetz überhaupt in allen seinen Bestimmungen nur Geldforderungen im Auge hatte, läßt sich anführen, daß Art. 3 vom „Zahlungstag" spricht, Art. 5 von der Bewilligung einer „Borgfrist", Art. 11 von Zurückforderung einer „bezahlten" Schuld — lauter Ausdrücke, die nur für Geldforderungen passen. Allein wenn auch nur Geldforderungen der kurzen Verjährung unterliegen sollten, so würde hierunter doch auch eine aus Tausch herrührende Aufgeldsforderung fallen. Wenn ein Viehhändler einem Bauern eine Kuh im Wert von 300 M. gegen eine andere Kuh und ein Aufgeld von 50 M. überläßt, so ist doch der Anspruch auf Bezahlung der 50 M. eine Forderung „für" die dem Bauern gelieferte Ware und es wäre gewiß ein unbefriedigendes Ergebnis, wenn eine derartige Aufgeldsforderung erst in dreißig Jahren verjähren würde; auf Aufgeldsforderungen trifft auch sicherlich der in den Einleitungsworten des Verjährungsgesetzes hervorgehobene Gesichtspunkt zu, daß sie „gewöhnlich mit dem Zeitpunkt ihrer Fälligkeit oder doch bald darauf berichtigt werden". Es liegt kein Grund vor, den Art. 1 Ziff. 1 einschränkend dahin zu verstehen, daß unter den Forderungen der dort genannten Personen „für Waren und Arbeiten ihres Geschäfts" nur die Forderungen auf Zahlung des Kaufpreises verkaufter Waren (und des Arbeitslohns) gemeint seien, die Ziff. 1 dürfte vielmehr ihrem allgemeinen Wortlaut entsprechend auf alle Geldforderungen der genannten Personen für ihre Waren und Arbeiten zu beziehen sein, einerlei aus welcher Art von Rechts-

geschäften sie stammen. In Klagschriften und Prozeßlisten trifft man freilich häufig den Ausdruck „Forderung für Waren" im Sinn von „Forderung aus Kauf" gebracht; daß aber der Gesetzgeber sich dieser ungenauen Ausdrucksweise sollte schuldig gemacht haben, ist nicht anzunehmen.

Zweifelhafter ist, ob auch der Anspruch auf die eingetauschte Sache unter Ziff. 1 des Art. 1 fällt. Die Frage wird sehr wenig praktisch werden, denn der Austausch von Sachen erfolgt regelmäßig alsbald nach Vertragsabschluß und fast immer Zug um Zug. Behält aber der bisherige Eigentümer die vertauschte Sache, nachdem er die dafür eingetauschte schon erhalten hat, noch im Besitz, so wird es sich fragen, ob nicht derjenige, der diese Sache zu erhalten hat, durch constitutum possessorium Eigentum daran erworben hat [1]), wesfalls die Ziff. 1 des Art. 1 des Verjährungsgesetzes nicht mehr in Frage kommt. Behalten beide Teile nach Abschluß des Tauschvertrags ihre Sachen über drei Jahre, so wird der Tausch regelmäßig als durch mutuus dissensus rückgängig gemacht zu gelten haben. Daß ein Teil die vertauschte Sache weggegeben hat, ohne sich die eingetauschte ausfolgen zu lassen und ohne Eigentum an ihr erworben zu haben, wird kaum je vorkommen. Sollte es aber doch einmal vorkommen, so kommt in Betracht, daß der Anspruch auf die eingetauschte Sache eben doch auch ein Anspruch auf die Gegenleistung „für" die hingegebene Sache, also eine Forderung „für Waren" ist, und daß es seltsam wäre, wenn das Gesetz die eine aus Tausch entspringende Forderung, die auf Aufgeld, in drei Jahren, die andere, die auf die eingetauschte Sache, in dreißig Jahren verjähren ließe. Die Grenze zwischen Tausch und Kauf ist zudem schwankend: ist vereinbart, daß der Bauer vom Viehhändler eine Kuh gegen Hingabe eines Kalbs im Wert von 50 M. und 250 M. bar erhalten soll, so wird dies als Kauf zu gelten haben und der Anspruch auf das Kalb verjährt ebenso in den drei Jahren wie der auf die 250 M., sofern man Ziff. 1 des Art. 1 des

1) vgl. hiezu Bähr, Urt. des R.G. S. 64 ff.

Verjährungsgesetzes nicht auf Geldforderungen des Verkäufers für seine Ware beschränkt. Hiezu liegt aber nach dem Wortlaut dieser Gesetzesbestimmung kein genügender Grund vor, wenn auch die Eingangs erwähnten Ausdrücke in Art. 3, 5 und 11 des Gesetzes darauf hinweisen, daß der Gesetzgeber nur an Geldforderungen gedacht hat: daß er andere Forderungen ausschließen wollte, erhellt nicht und jedenfalls ist ein solcher Wille nicht zu hinreichend deutlichem Ausdruck gelangt. Kann aber der Anspruch auf eine Sache in drei Jahren verjähren, wenn er aus einem Kauf entspringt, so liegt angesichts der allgemeinen Fassung des Art. 1 Ziff. 1 kein Grund vor, einen solchen Anspruch erst in dreißig Jahren verjähren zu lassen, wenn er aus einem Tausch entspringt. In den Ländern des französischen Rechts konnte keine Rede davon sein, den Anspruch auf die eingetauschte Sache der für Kaufpreisforderungen festgesetzten kurzen Verjährung zu unterwerfen, weil die eingetauschte Sache mit Abschluß des Tauschs in das Eigentum des Eintauschenden übergeht (Code civil Art. 1583 vgl. mit Art. 1707), es sich also hier um Verjährung des Eigentumsanspruchs handelt.

I.

Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

A. in Civilsachen.

18.

Was ist unter dem „Inventarwert“ einer industriellen Anlage zu verstehen?

Die Parteien sind am 24. Juli 1893 übereingekommen, daß die klagende Stadtgemeinde das Gaswerk des Beklagten nach Maßgabe des am 5. Februar 1863 zwischen ihr und den Gründern und ersten Eigentümern des Gaswerks — M. und L. — abgeschlossenen Vertrags übernehme. Dieser Vertrag, wodurch M. und L. das ausschließliche Recht erhielten, in dem Stadtboden Gasröhren einzulegen unter der Zusicherung, daß keiner andern Person während der Dauer des Vertrags ähnliche Befugnisse erteilt werden (§ 2), bestimmt in § 41: der Vertrag dauere 30 Jahre und sodann je weitere fünf Jahre, wenn er nicht ein Jahr vor seinem Ablauf gekündigt werde. „Der Gemeinde wird aber das Recht eingeräumt, den Vertrag zu jeder Zeit auch vor Ablauf der 30 Jahre zum Zweck der Selbsterwerbung zu kündigen —.“ In § 42 ist gesagt: „Wenn die Stadtbehörde von dem Kündigungsrechte Gebrauch macht, so hat sie die ganze Unternehmung abzulösen —.“ „Zur Erleichterung des Ablösungsgeschäfts haben die Unternehmer eine Zusammenstellung des Kostenaufwands für die ganze Einrichtung innerhalb eines Vierteljahres nach Vollendung derselben der Gemeindebehörde zu übergeben.“ § 43 besagt: „Die Ablösungs-

summe wird nach dem Inventarwert berechnet und gründet sich auf eine Expertenschätzung des gesamten, der Gasbeleuchtung dienenden Besitztums, namentlich des Grundeigentums, der Gebäude, Röhrenleitungen, Laternen nebst allen Zubehörden." Soweit bei dieser Ermittlung des Kaufpreises das Betriebsmaterial nicht in vollständig gutem Zustand gefunden werde, sollen „die Experten gebunden sein, den Minderwert in Rechnung zu bringen. Der zu der Gasanstalt gehörende Grund und Boden ist zu dem Preise zu berechnen, zu dem er ursprünglich angekauft worden."

Die Parteien legten der in Gemäßheit des Vertrags ernannten Sachverständigenkommission folgende Fragen vor: „1. Was ist der Wert des Gaswerks a, mit der" (darauf befindlichen) „Villa, b, ohne die letztere? 2. Was ist der Wert des Gaswerks a) unter Zugrundlegung der Annahme seines Fortbetriebs, b) unter Zugrundlegung der Annahme seiner Betriebseinstellung?" Die von den Sachverständigen gefundenen Werte sind: zu 1. a: 82750 M.; zu 1. b: 56400 M.: zu 2. a: 77560 M.; zu 2. b: 25000 M. Der Berechnung zu 1 haben die Sachverständigen die von den Unternehmern gemäß § 42 des Vertrags gefertigte Zusammenstellung des Kostenaufwands zu Grund gelegt und an den betreffenden Werten je einen der Benützungsdauer und dem gegenwärtigen Zustand entsprechenden Prozentsatz in Abrechnung gebracht. Klägerin hat an den von den Sachverständigen zu 1. a berechneten 82750 M. 23350 M. für die Gebäude der Villa und weitere 3928 M. 57 Pf. zus. also 27278 M. 57 Pf. Abzug gebracht, und hienach dem Beklagten 55571 M. 43 Pf. zu bezahlen im Prozeß sich erboten. Der vorige Richter hat zu dieser Summe von 55571 M. 43 Pf. weitere 1394 M. 27 Pf. für Grund und Boden gerechnet, wofür Klägerin nichts bezahlen zu müssen glaubte, und ist so auf die Urteilssumme von 56965 M. 70 Pf. gekommen.

Zur Beantwortung der Frage 2. a haben die Sachverständigen eine Rentabilitätsberechnung angestellt, indem sie die jährlichen Einnahmen und Ausgaben des Gaswerks einander gegenüberstellten und den hiebei sich ergebenden Einnahmeüberschuß von 9130 M. in der Weise kapitalisierten, daß dieser

Ueberschuß als ein elfprozentiger Ertrag des Anlagekapitals angesehen wurde, wobei sie 4 % für Verzinsung, 1 % für Amortisation und 6 % Reingewinn berechneten; sie gelangten hienach zu einem „Kaufswert“ des Anwesens von 83000 M., woran sie den Wert der von der Klägerin ausgeführten Röhrenleitungen u. s. w. mit 5440 M. abzogen, so daß sie auf einen Wert von 77 560 M. kamen.

Der Beklagte steht auf dem Standpunkt, daß der letztere Wert, unter Hinzurechnung von 1394 M. 24 Pf. für Grund und Boden, somit der Gesamtbetrag von 78 954 M. 24 Pf. der ihm von der Klägerin zu erstattende Wert sei. Der Inventarwert im Sinn des Vertrags vom 5. Februar 1863 sei der Verkehrswert, den das Gaswerk mit Rücksicht auf seinen geschäftlichen Zweck und seine Rentabilität habe, nicht die Summe des Werts der einzelnen Gebäude, Einrichtungen und drgl.; in der ganzen Geschäftswelt werde nirgends der Wert eines Fabrikanwesens mit Einrichtung und Maschinen anders zu Buch gestellt, als unter Berücksichtigung des mehrjährigen Ertrags der Unternehmung in Verbindung mit dem Einfluß, den eben die Zweckbestimmung des Unternehmens auf den Verkehrswert habe.

Die Berufung des Beklagten gegen das die Ablösungssumme auf 56 965 M. feststellende erstrichterliche Urteil ist zurückgewiesen worden.

Gründe:

I. Außer Frage ist, daß der Wert des Gaswerks, den die Sachverständigen mittels der von ihnen vorgenommenen Rentabilitätsberechnung gefunden haben, nicht der Inventarwert ist, den § 43 des Vertrags vom 5. Februar 1863 meint. Denn die Sachverständigen haben, wie klar zu Tage liegt, bei dieser Berechnung von einer „Schätzung des gesamten der Gasbeleuchtung dienenden Besitztums, namentlich des Grundeigentums, der Gebäude, Röhrenleitungen u. s. w.“ ganz abgesehen; auf eine solche Schätzung aber soll sich die Berechnung der Ablösungssumme nach dem Inventarwert dem unzweideutigen Wortlaut des genannten § 43 zufolge gründen.

Damit allein aber, daß der von den Sachverständigen im

Weg der Rentabilitätsberechnung gefundene Wert des Gaswerks nicht für den Inventarwert im Sinne des Vertrags gelten kann, steht noch nicht fest, daß der eben bezeichnete Wert gleich ist der Summe des Werts der Liegenschaften, Gebäude, Apparate, Gasbehälter, Röhrenleitungen und Werkzeuge so wie ihn die Sachverständigen in Beantwortung der Frage 1. b berechnet haben, also ohne Berücksichtigung der Rentabilität des Gaswerks. Es ist vielmehr noch zu prüfen, ob der Begriff des Inventarwerts, so wie er in dem Vertrag vom 5. Februar 1863 verstanden ist, mit einer solchen Berücksichtigung der Rentabilität des Unternehmens verträglich ist.

II. Der Beklagte hält den „Inventarwert" des Gaswerks für gleichbedeutend mit dessen „Verkehrswert." Daß bei Berechnung des Verkehrswerts eines industriellen Anwesens dessen Rentabilität schwer ins Gewicht fällt, ist sicher. Unrichtig ist aber die Identifizierung von Inventarwert und Verkehrswert.

III. Inventarwert eines Gegenstandes ist der Wert, zu dem er nach den Grundsätzen einer soliden kaufmännischen Berechnung und Buchführung im Inventar eines Geschäftsmanns anzusetzen ist. Diese Grundsätze sind zum Teil aus dem Handelsgesetzbuch zu entnehmen, dessen einschlägige Bestimmungen, auch soweit sie sich auf Aktiengesellschaften beziehen, nicht etwa willkürlicher Natur sind, sondern den Anschauungen und dem Brauch solider Kaufleute entsprechen.

Nach Art. 31 H.G.B. sollen sämtliche Vermögensstücke und Forderungen nach dem Wert angesetzt werden, der ihnen zur Zeit der Aufnahme des Inventars beizulegen ist. Weiter ist in Art. 239 b verglichen mit Art. 185 a Ziff. 3 H.G.B. in Betreff der Bilanz (bzw. des Inventars) von Aktiengesellschaften bestimmt, daß die dauernd zum Geschäftsbetrieb bestimmten Werte — und um solche handelt es sich im vorliegenden Fall nahezu ausschließlich — ohne Rücksicht auf einen geringeren Wert zu dem Anschaffungs- oder Herstellungspreis angesetzt werden dürfen, sofern nur die Abnutzung durch Abschreibung oder einen Erneuerungsfonds berücksichtigt wird.

IV. Hienach wird sich der Inventarwert einer industriellen

Anlage bei dem ersten Eigentümer anders stellen, als bei dessen Rechtsnachfolger. Der erste Eigentümer wird in sein erstes Inventar den Wert der einzelnen Gebäude und Grundstücke nebst den Maschinen zc. regelmäßig annähernd in der Höhe seiner Anschaffungs- und Herstellungskosten einstellen und wird an diesen Wertansätzen alljährlich der Abnützung der Gegenstände entsprechende Abschreibungen vornehmen; es würde aber kaufmännischer Uebung und richtigen Grundsätzen zuwiderlaufen, wenn er bei guter Rentabilität seiner Anlage den Wert jener Gegenstände alljährlich — nach Maßgabe der Erträgnisse der Fabrik — höher ansetzen würde; diesfalls würde der in der Bilanz figurierende Geschäftsgewinn doppelt berechnet, einmal als solcher unter diesem Namen und dann nochmals als Zuschlag zu dem bisherigen Inventarwert. Beim Verkauf einer Fabrik bilden freilich — wie schon oben bemerkt wurde — deren Erträgnisse ein wesentliches Moment für die Festsetzung des Kaufpreises, die gut gehende Fabrik wird zu einem Preis verkauft, der den in den Büchern des ersten Eigentümers laufenden Inventarwert weit übersteigt. Der neue Erwerber wird nun als Inventarwert der ganzen Anlage — ohne Ausscheidung des Werts ihrer einzelnen Bestandteile — den von ihm bezahlten Kaufpreis einsetzen und hieran jährliche Abschreibungen vornehmen: diese Art der Berechnung des Inventarwerts gestattet das H.G.B. ausdrücklich bei Aktiengesellschaften. So mochte auch Beklagter den Wert des von ihm erkauften Gaswerks gleich dem von ihm bezahlten Kaufpreis ansetzen und hiezu die Anschaffungs- und Herstellungskosten der von ihm neu erstellten Vergrößerungen u. s. w. schlagen; hieran hatte er dann sachgemäße Abschreibungen vorzunehmen, wobei er zu berücksichtigen hatte, daß ihm Klägerin jederzeit das Gaswerk um den „Inventarwert" abnehmen konnte.

V. Dieser Inventarwert des Vertrags vom 5. Februar 1863 ist aber der Wert, zu dem das Gaswerk bei dem ersten Eigentümer zur Zeit der Ablösung in Anwendung richtiger kaufmännischer Grundsätze zu Buch stünde, ohne Rücksicht auf den Preis, den ein Rechtsnachfolger des ersten Eigentümers für die Anlage bezahlt hat. Dies folgt schon aus der Erwägung,

daß Klägerin nicht gewillt sein konnte, ganz verschiedene Summen als „Inventarwert" des Gaswerks bezahlen zu müssen, je nachdem sie dieses vom ersten Eigentümer oder von dessen Rechtsnachfolger erwarb. Es ergiebt sich aber auch daraus, daß der Inventarwert nach dem Vertrag durch Schätzung der einzelnen Bestandteile des Anwesens ermittelt werden soll, während der vom Beklagten bezahlte Kaufpreis das Entgeld für die Ueberlassung des Gaswerks als eines Ganzen, einer zur Erzielung eines gewissen Ertrags dienenden Anlage bildete; sowie daraus, daß nach § 42 des Vertrags die Unternehmer zur Erleichterung des Ablösungsgeschäfts alsbald nach Vollendung des Gaswerks eine Zusammenstellung des Kostenaufwands für die ganze Einrichtung der Klägerin übergeben sollten; diese Zusammenstellung wäre aber ohne Bedeutung, wenn der Inventarwert sich nach dem vom Beklagten mit Rücksicht auf die Erträgnisse des Gaswerks bezahlten Kaufpreis richten müßte. Dieser Kaufpreis käme auf der andern Seite auch nicht (zum Nachteil des Beklagten) in Betracht, falls derselbe das Gaswerk, weil es sich damals schlecht rentierte, spottbillig an sich gebracht hätte.

VI. Unter dem „Inventarwert" des Vertrags ist also der „Geschäftswert [1])" zu verstehen d. h. nicht der Wert, den das Geschäft als Ganzes im Verkehr hat, sondern der Wert, den die einzelnen Vermögensstücke für das Geschäft haben in ihrer Eigenschaft als zum Betrieb einer bestehenden Gasfabrikanlage dienend, nicht der Wert, den sie hätten, wenn die Gasfabrik liquidieren, ihr Betrieb aufhören, etwa an ihre Stelle ein Elektrizitätswerk treten würde. Diesen Inventarwert haben die Sachverständigen in Beantwortung der ersten an sie gerichteten Frage ganz richtig in der Weise berechnet, daß sie — von der Rentabilität des Gaswerks absehend — die ursprünglichen Anlagekosten zu Grunde gelegt und für die Abnützung gewisse Prozentsätze in Abzug gebracht haben, und Beklagter hat eingeräumt, daß, wenn der von den Sachverständigen hiebei eingenommene grundsätzliche Standpunkt richtig ist, wonach die Bestandteile

1) vgl. Staub, Kommentar zum H.G.B. 2. Aufl. §§ 1. 5 zu Art. 31.

des Gaswerks zu dem Wert geschätzt sind, den sie für einen Eigentümer haben, der das Gaswerk fortbetreibt, — ihre Berechnung sich nicht beanstanden läßt.

VII. Beklagter kann sich nicht beschweren, daß der in solcher Weise ermittelte Inventarwert eine im Vergleich zu dem von ihm bezahlten Kaufpreis zu niedrige Ablösungssumme darstelle: denn er hat das Gaswerk 1873 im Bewußtsein davon gekauft, daß Klägerin dasselbe jederzeit um den „Inventarwert“ an sich zu bringen berechtigt sei; er mußte also bei seinem Kaufsangebot diese Eventualität mit in Rechnung nehmen. Wenn er den Begriff des Inventarwerts falsch aufgefaßt haben sollte, so wäre dies eben sein Schade und würde die Klägerin nicht berühren. Bei Zwangsenteignungen ist allerdings nicht der Inventarwert in dem dargelegten Sinn maßgebend, sondern der Verkehrswert; der Preis wird ersetzt, der nach den im Verkehr herrschenden Anschauungen für ein derartiges, in Betrieb befindliches Anwesen angemessen erscheint — ein Wert, der einen Gegensatz zum Inventarwert bildet. Im vorliegenden Fall können aber nicht die für Zwangsenteignungen geltenden Grundsätze Platz greifen, sondern es entscheidet der Inhalt des Vertrags vom 5. Februar 1863, der mit klaren Worten den Inventarwert als maßgebend bezeichnet. Hierunter kann nicht — wie Beklagter will — deshalb der Verkehrswert verstanden werden, weil Beklagter bzw. dessen Rechtsvorgänger nach § 41 des Vertrags Gefahr lief, daß Klägerin das Gaswerk übernahm, sobald dessen Eigentümer — vielleicht mit Mühe und Kosten — eine gewisse Rentabilität erzielt hatte; es mag unvorsichtig von M. und L. gewesen sein, daß sie sich auf eine derartige Bestimmung einließen, dies kann aber nicht dazu führen, dem Wort „Inventarwert“ einen Sinn beizulegen, den es nun eben einmal nicht hat. Uebrigens konnten die Unternehmer wohl darauf rechnen, daß Klägerin nicht unbillig verfahren, sie die Vorteile des Geschäfts einige Zeit genießen lassen werde, wie dies ja thatsächlich der Fall gewesen ist.

Daraus, daß nach § 42 des Vertrags Klägerin „die ganze Unternehmung“ abzulösen hat, kann angesichts der in § 43

folgenden Normen über die Berechnung der Ablösungssumme nicht geschlossen werden, daß bei der Ablösung der auf die Rentabilität der Anlage sich gründende Wert des Unternehmens mitvergütet werden sollte; jene Worte lassen sich vielmehr ungezwungen dahin verstehen, daß Klägerin die ganze Anlage, nicht bloß einen Teil derselben erwerben muß. Endlich mag es sein, daß den vom Beklagten angeführten Schätzungen der Unterpfandsbehörde und der Feuerversicherungsbank eine andere Art der Wertsermittlung zu Grund liegt, als die von den Sachverständigen in Beantwortung der ersten Frage angewendete; es ist dies aber schon deshalb ohne Belang, weil nicht ersichtlich ist, daß jene Schätzungen den Inventarwert im Sinne des Vertrags vom 5. Februar 1863 ermitteln wollten.

Urteil des I. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 19. Oktober 1894 i. S. Fein gegen Wildbad.

19.

Kreditbürgschaft.

Die Witwe A. B. von Schwenningen hat der Gewerbebank daselbst am 20. November 1882 eine „Kautionsurkunde“ folgenden Inhalts ausgestellt: „J. M.“ — Schwiegersohn der A. B. — „hat bei der Gewerbebank einen Kontokorrent-Kredit bis zum Betrag von 5000 M. Für Alles, was nun M. aus diesem Kredit der Gewerbebank schuldig ist oder noch schuldig werden wird, haftet A. B. als Bürgin, Selbstschuldnerin und Selbstzählerin unter Verzicht auf die Vorausklage des Hauptschuldners. . .“ Die Gewerbebank hat sich in ähnlicher Weise für den dem M. gewährten Kredit Sicherheiten auch durch Bürgschaften anderer Personen je bis zu bestimmten Beträgen bestellen lassen, — zusammen mit dem durch die Kaution der Witwe B. sichergestellten Betrag für 31 000 M. Einige dieser Kautionen rühren aus der Zeit vor dem 20. November 1882 her. Auch im Jahre 1891 noch ließ sich die Gewerbebank zu ihrer Sicherheit für den Kredit ein Unterpfand für 120 000 M. bestellen.

Die Witwe B. starb am 19. November 1884. Am 25. Juli 1892 teilte die Gewerbebank den Erben der Witwe B. mit, daß sie den Kredit des M., für welchen sich letztere bis zum Betrag von 5000 M. verbürgt habe, auf 1. August 1892 gekündigt habe. Am 2. August 1892 wurde über das Vermögen des rc. M. das Konkursverfahren eröffnet. Im Konkurse meldete die Gewerbebank an eine Forderung aus laufendem Kredit von 1882—1892 nebst 6 % Zinsen vom Tage der Kreditbewilligung im Betrag von 144122 M. 08 Pf., Barvorschüsse auf Wechsel vom April bis 16. Juli 1892 22467 M. 51 Pf. soweit letztere nicht gedeckt worden.

Diese Forderungen wurden in den angemeldeten Beträgen festgestellt.

An ersterer Forderung ist Klägerin durch das Unterpfand resp. den Erlös hieraus für 110000 M. und einschließlich der Zinsen für 120000 M. voll gedeckt. Mit der bei dem Landgerichte Rottweil erhobenen Klage nimmt die Gewerbebank nun von den vier Erben der Witwe B. die beiden Bauern Thomas und Christian B. aus der von der Erblasserin durch die Kautionsurkunde übernommenen Kreditbürgschaft je zu dem sie als Erben treffenden Anteil an der Bürgschaftsschuld, nämlich je auf 1250 M. in Anspruch.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht die Beklagten nach dem Klagantrage verurteilt. Die

Gründe

dieses Urteils, aus denen die von den Beklagten der Klage entgegengesetzten Einwände ersichtlich sind, gehen dahin:

1. Die A. B. hat sich am 20. November 1882 gegenüber der Klägerin in rechtsförmlicher Weise verpflichtet, für Alles, was der Uhrenhändler J. M. von Schwenningen aus einem demselben von der Klägerin bis zum Betrag von 5000 M. gewährten Kontokorrent-Kredit der letzteren schuldig ist und noch werden wird, als Bürgin, Selbstschuldnerin und Selbstzählerin unter Verzicht auf die Vorausklage des Hauptschuldners zu haften. Hiemit hat dieselbe, da ihre Verpflichtung zeitlich nicht

begrenzt worden ist, sich verbindlich gemacht, für das bei Beendigung des Kreditverhältnisses zwischen der Klägerin und dem Hauptschuldner, welche mit der auf den 1. August 1892 erfolgten Kündigung dieses Verhältnisses, bzw. mit der Konkurseröffnung gegen den Hauptschuldner vom 2. August 1892 eingetreten ist, sich ergebende Guthaben der Klägerin an den Hauptschuldner bis zu dem Betrag von 5000 M. als Selbstschuldnerin einzustehen. Von einer Beschränkung der Haftung der am 19. November 1884 gestorbenen A. B. auf denjenigen Betrag, welchen der Hauptschuldner zur Zeit des Todes derselben der Klägerin schuldig gewesen ist, könnte nur dann die Rede sein, wenn das Rechtsverhältnis, in welchem die A. B. zu der Klägerin gestanden ist, nicht als das einer Bürgschaft im eigentlichen Sinn, sondern als das eines Kreditauftrags (mandatum qualificatum) anzusehen wäre. Letzterer erlischt nämlich nach den für denselben maßgebenden Grundsätzen des Mandats mit dem Tode des Auftraggebers, und es können daher dessen Erben aus dem Kreditauftrag nur wegen der zur Zeit dieses Todes bereits entstandenen Forderungen des Kreditgebers gegen den Kreditnehmer in Anspruch genommen werden. Anders verhält es sich bei dem Bürgen, denn da dieser verspricht, das, was der Hauptschuldner schuldig ist, an dessen Stelle zu bezahlen, so besteht die Verpflichtung des Bürgen, solange das Schuldverhältnis, für welches er sich verbürgt hat, existiert, also bei einer Kreditbürgschaft, so lange der Kredit, für welchen sie geleistet worden ist, dem Hauptschuldner gewährt wird, wofern nicht der Kreditbürge vorher seine Befreiung von der Bürgschaft erwirkt hat. Der Erbe des Kreditbürgen hat daher dem Kreditgeber für das Guthaben desselben an den Kreditnehmer zur Zeit der Beendigung des Kreditverhältnisses einzustehen [1]).

---

1) l. 4 § 1 D. 46,1.; Dernburg, Pand. 3. A. II, 207 f.; Brinz, Pand. 2. A. II, 194; Wächter, Pand. II, 453, 512; Girtanner, Bürgschaft S. 196 ff., 373, 540 ff.; Samhaber, Korrealobl. S. 173 f., Bruns in Holtzendorff, Enzykl. I, 487, Entsch. des R.O.H.G. XI, 7.

Die Beklagten glauben nun zwar, daß gegen die Annahme des Uebergangs der Verpflichtung des Bürgen, für zukünftige Schulden des Hauptschuldners zu haften auf die Erben des Bürgen der Umstand spreche, daß z. B. im Fall der Beerbung des Bürgen durch mehrere Personen regelmäßig eine offenbar nicht im Sinne des Vertrags liegende Steigerung des Rechts des Gläubigers eintrete, sofern diesem statt eines einzigen eine Mehrheit von Vermögen für seine Forderung hafte und der Gläubiger dadurch in die Lage gesetzt werde, dem Hauptschuldner einen Kredit zu gewähren, den er diesem, wenn ihm nur der Bürge verhaftet gewesen wäre, nie gegeben hätte und ohne Gefahr nicht hätte geben können. Allein mag auch unter Umständen, wenn die Erben des Kreditbürgen dessen Erbschaft unbedingt angetreten haben, der Tod desselben faktisch diese Folge haben, so gestaltet sich doch rechtlich die Lage des Gläubigers in jenem Fall nicht günstiger, als wenn der Bürge zur Zeit der Beendigung des Kreditverhältnisses noch gelebt hätte und aus demselben hätte in Anspruch genommen werden können. Wenn ferner die Beklagten darauf hinweisen, daß, wenn Jemand zur Gewährung eines Kredits gegen Bürgschaft innerhalb eines bestimmten Zeitraums sich verpflichte und der Bürge während des letztern sterbe, der Hauptschuldner auch nachher noch trotz der Kreditunwürdigkeit der Erben des Bürgen den Kredit in Anspruch nehmen könnte, so ist dies eben die Folge der Kreditgewährung auf eine bestimmte Zeit, welche Folge übrigens wohl abgewendet werden kann, da dem Gläubiger das Recht der Kündigung des Kredits zusteht, wenn der Hauptschuldner sich nicht erbietet, dem Gläubiger eine anderweite der ursprünglichen Sicherheit entsprechende Deckung zu gewähren. Es kann daher auch hieraus Nichts für die höchst persönliche Natur und die Unvererblichkeit der Kreditbürgschaft abgeleitet werden.

Die Sicherheit für einen Kredit kann nun allerdings in der Form sowohl des Kreditauftrags, als der Bürgschaft gegeben werden. Allein im Zweifelsfall muß, wenn bei der Leistung jener Sicherheit der Ausdruck: „Kreditbürgschaft" gebraucht wird, angenommen werden, daß es sich um eine eigentliche Bürgschaft

handle, zumal wenn der Abschluß des Kreditvertrags der Uebernahme der Bürgschaft vorangegangen ist [1]).

Dies trifft nun ausweislich der über die Eingangs erwähnte Verpflichtung der A. B. aufgenommenen Urkunde im vorliegenden Fall zu.

Die Erben der letzteren haben daher für das Guthaben der Klägerin aus dem dem Hauptschuldner M. gewährten Kredit, wie solches zur Zeit der Beendigung des Kreditverhältnisses (1. bis 2. August 1892) bestanden hat, bis zu dem Betrag von 5000 M. nach Verhältnis ihrer Erbteile einzustehen.

2. Mit Unrecht nimmt der vorige Richter an, daß die nach der Urkunde vom 20. November 1882 für einen Kontokorrent-Kredit übernommene Bürgschaft der A. B. deshalb erloschen sei, weil durch die bei den halbjährlichen Rechnungsabschlüssen der Klägerin mit dem Hauptschuldner erfolgte Uebertragung des neuen Saldo auf den Konto des letztern das Schuldverhältnis, für welches jene Bürgschaft geleistet worden sei, im Weg der Novation aufgehoben worden sei. Denn diese Folge tritt, wie auch von dem Reichsgericht in der von dem Unterrichter für seine Ansicht angeführten Entscheidung [2]) ausdrücklich bemerkt wird, nur im Fall der Bestellung einer Sicherheit für eine bestimmte Saldoforderung, wenn dieser Saldo auf neue Rechnung übertragen und durch Saldoziehung ausgeglichen ist [3]) nicht aber im Fall der Bestellung einer Kredithypothek oder Kreditbürgschaft ein. Das Charakteristische dieser beiden besteht vielmehr darin, daß hiedurch dem Gläubiger eine dauernde Sicherheit, nämlich für das bei Beendigung des Kreditverhältnisses sich ergebende Guthaben des Gläubigers ohne Rücksicht darauf, ob in der Zwischenzeit dasselbe durch die Leistungen des Schuldners vorübergehend gemindert worden ist, gewährt werden soll. Hiebei ist es gleichgiltig, ob der Kredit im Kontokorrentverkehr oder

1) Württ. Arch. XXII, 407, Windscheid, Pand. 7. A. II § 476 bei und in Note 3a und 4.

2) in Bd. X, S. 55 der Entsch. des R.G.

3) Entsch. des R.G. XVIII, 249, zu vergl. dagegen württ. Archiv, XXIII, 170, Entsch. des R.G. XXVIII, 37.

in gewöhnlicher laufender Rechnung gewährt wird. Denn auch in dem letztern Fall kann nicht angenommen werden, daß nach der Absicht der Kontrahenten jene Sicherheit für die einzelnen Schulden des Kreditnehmers aus dessen Geschäftsverbindung mit dem Kreditgeber bestellt werden soll, da ja sonst die Sicherheit mit der Bezahlung jener Schulden erloschen würde, während die Absicht der Kontrahenten, wie bemerkt, auf eine dauernde Sicherheit gerichtet ist. Vielmehr soll die auf Grund des bestehenden Kreditverhältnisses beim Schluß der Geschäftsverbindung sich ergebende, durch gegenseitige Abrechnung zu ermittelnde Schuld gesichert werden [1]).

Dem Ausgeführten zufolge ist es unerheblich, wenn die Schuld des M. an die Klägerin zeitweise weniger als 5000 M. betragen oder sogar die Leistungen des Hauptschuldners vorübergehend die der Klägerin überstiegen haben sollten, da lediglich die Größe der Schuld des M. zur Zeit der Beendigung des Kreditverhältnisses für die Haftung des Beklagten aus der Kreditbürgschaft ihrer Erblasserin maßgebend ist.

3. Von den Beklagten wird geltend gemacht, daß, da für den von der Klägerin dem J. M. gewährten Kredit sich verschiedene Personen je in abgesonderten Verträgen bis zu bestimmten Beträgen verbürgt haben, die von den andern Bürgen der Klägerin geleisteten Zahlungen den Beklagten zu gut kommen, d. h. an der Schuld der letztern abzurechnen seien.

Die Schuld des J. M. aus dem demselben von der Klägerin gewährten Kredit ist nun aber als eine einheitliche anzusehen, und es haben sich die verschiedenen Bürgen für diese einheitliche Schuld je bis zu dem in dem Bürgschaftsvertrag bestimmten Betrag verpflichtet. Hieraus ergiebt sich, daß zwar der Gesamtbetrag der Schuld des J. M. durch die Zahlungen der einzelnen Bürgen gemindert wird, daß aber die andern Bürgen diese Zahlungen nicht auf den von ihnen verbürgten Betrag, sondern nur auf die Gesamtschuld des J. M. abrechnen dürfen, so daß

1) Württ. Jahrb. III, 4 f.; Seuffert, Arch. XIII Nr. 113; XXV Nr. 261, XXVIII Nr. 11, Entsch. des R.O.H.G. XIX, 110; Entsch. des R.G. IV, 85.

sie von der Klägerin insoweit in Anspruch genommen werden können, als nach Abzug der von einzelnen Bürgen geleisteten Zahlungen an der Gesamtschuld des M. der von den andern Bürgen verbürgte Betrag noch nicht getilgt ist. Nur dann, wenn der Kreditgeber sich dem Kreditbürgen gegenüber verpflichtet hat, dem Kreditnehmer keinen höhern Kredit, als denjenigen, für welchen sich der Bürge verpflichtet hat, zu gewähren, kann der letztere dem Kreditgeber, welcher dem Kreditnehmer einen höhern Kredit gewährt hat und wegen des verbürgten Teils desselben den Bürgen ganz in Anspruch nimmt, die Einwendung entgegensetzen, daß der Kreditgeber an dem verbürgten Betrag sich Zahlungen des Schuldners oder anderer Bürgen, welche nach Beendigung des Kreditverhältnisses geleistet worden sind, aufrechnen lassen müsse, weil jener Bürge mit Rücksicht auf die ihm gegenüber von dem Kreditgeber übernommene Verpflichtung darauf habe rechnen dürfen, daß durch die fraglichen Zahlungen auch seine Verbindlichkeit vermindert werde [1]).

Daß nun im vorliegenden Fall die Klägerin der A. B. bei Uebernahme der Kreditbürgschaft versprochen habe, daß der von ihr dem J. M. zu gewährende Kredit den Betrag von 5000 M. nicht übersteigen werde, ist von den Beklagten nicht behauptet worden, und läßt sich auch nicht ohne Weiteres daraus entnehmen, daß es im Eingang der Bürgschaftsurkunde vom 20. November 1882 heißt, daß J. M. bei der Klägerin einen Kontokorrent-Kredit bis zu 5000 M. habe. Denn da der A. B. als Schwiegermutter des Hauptschuldners der Umfang des Geschäftsbetriebs desselben ohne Zweifel bekannt war, konnte sie nicht ohne Weiteres darauf rechnen, daß dem J. M. in der Folge nicht ein den Betrag von 5000 M. übersteigender Kredit von der Klägerin werde gewährt werden.

Hienach wäre es Sache der Beklagten gewesen, wenn sie sich auf etwaige Zahlungen anderer Bürgen berufen wollen, zu behaupten und zu beweisen, daß an der Gesamtschuld des J. M. an die Klägerin von den andern Bürgen so viel bezahlt worden

1) Goldschmidt, Zeitschr. für Handelsrecht XIV, 404 f., 406 Note *; Entsch. des R.G. VIII, 292, XIV, 174 f.; Seuffert, Arch. XXIII Nr. 29.

sei, daß nicht mehr der volle Betrag des von der A. B. verbürgten Teils dieser Gesamtschuld übrig beibe, bezw. letztere durch die Zahlungen der andern Bürgen ganz getilgt sei.

Dies hat die beklagte Partei nicht geltend gemacht, sondern sich auf die Behauptung beschränkt, daß der Bürge Joh. Sch. 5600 M. an die Klägerin bezahlt habe. Der verbürgte Teil des der Klägerin aus dem Kredit erwachsenen Guthabens an M. beläuft sich aber auf 31 000 M., so daß nach Abzug jener Zahlung an letzterer Summe der von der A. B. verbürgte Teil jenes Guthabens nicht gedeckt ist.

4. Der Klage wird von den Beklagten ferner die Einwendung entgegengehalten, daß die Klägerin, trotzdem daß nach dem Tode der A. B. ein Aufruf an deren Gläubiger ergangen sei, den Erben derselben kein Wort von dem Bestehen der diesen unbekannten Bürgschaftsverbindlichkeit gesagt habe, daß wenn dies geschehen wäre, die Erben damals auf Regelung der Sache gedrungen hätten und der Hauptschuldner im Stand gewesen wäre, Regreßansprüche aus der Bürgschaft zu befriedigen, während die Klägerin jetzt durch ihre Schuld außer Stand gesetzt sei, den Beklagten die Rechte gegen den Hauptschuldner mit Erfolg abzutreten. Allein da dem oben Bemerkten zufolge die A. B. sich für das zur Zeit der Beendigung des Kreditverhältnisses sich ergebende Guthaben der Klägerin an J. M. verbürgt hat, diese Beendigung aber erst im August 1892 eingetreten ist, so stand zur Zeit des am 19. November 1884 erfolgten Todes der A. B. noch gar nicht fest, ob und welches Guthaben der Klägerin aus dem Kreditverhältnis sich ergeben werde, und ob die A. B. bzw. deren Erben aus der Kreditbürgschaft der erstern überhaupt in Anspruch genommen werden können. Für die Klägerin lag daher kein Anlaß vor, nach dem Tode der A. B. deren Erben von dem Kreditverhältnis Kenntnis zu geben und eine Forderung an dieselben anzumelden. Aus dem angeführten Grund kann der Klägerin auch ein Vorwurf daraus nicht gemacht werden, daß sie nach der Beendigung des Kreditverhältnisses wegen der Konkurseröffnung gegen den Hauptschuldner keine erfolgreiche Klage gegen diesen abzutreten vermag.

5. Desgleichen ist die von den Beklagten gegen die Klage vorgeschützte Einrede der Arglist, bzw. der eigenen Verschuldung der Klägerin nicht begründet, welche darauf gestützt wird, daß die Klägerin nach dem Tode der A. B. dem Hauptschuldner J. M. weiter kreditiert, und daß sie demselben insbesondere für die weitern namhaften, von den Beklagten bezeichneten Verbindlichkeiten Kredit gewährt habe. Denn die Klägerin war berechtigt, das Kreditverhältnis mit dem Hauptschuldner auch nach dem Tod der A. B. fortdauern zu lassen und dem Hauptschuldner einen höhern Kredit, als denjenigen, für welchen sich die A. B. verbürgt hat, zu gewähren, da, wie schon bemerkt worden ist, die Kreditgewährung der Klägerin an den Hauptschuldner weder zeitlich, noch bezüglich der Höhe des zu kreditierenden Betrags gegenüber dem letztern beschränkt und eine solche Beschränkung von der Klägerin der A. B. nicht versprochen worden ist. Eine derartige Beschränkung ergiebt sich auch nicht aus den Grundsätzen über den Bürgschaftsvertrag. Denn letzterer ist ein wesentlich einseitiges, nur dem Bürgen Verbindlichkeiten auferlegendes Rechtsverhältnis, und es kann daher aus demselben nicht die Verpflichtung des Gläubigers gegen den Bürgen, zumal wenn dieser, wie im vorliegenden Fall zutrifft, Selbstschuldner ist, gefolgert werden, die Lage des Hauptschuldners nicht dadurch zu verschlechtern, daß er demselben durch Erhöhung des Kredits Gelegenheit zur Eingehung weiterer Verbindlichkeiten giebt [1]).

Ueberdem wäre es Angesichts der von den Beklagten nicht widersprochenen Behauptung der Klägerin, daß zur Zeit der weitern Kreditgewährung derselben an den Hauptschuldner der von der Erblasserin der Beklagten und den andern Bürgen verbürgte Kredit von zusammen 31 000 M. bereits erschöpft gewesen sei und daher für diesen die Bürgen ohne Rücksicht auf die weitere Kreditgewährung von der Klägerin hätten in Anspruch genommen werden können, zur Begründung der von den Beklagten geltend gemachten Einwendung Sache derselben gewesen, darzuthun, inwiefern ihre Lage dadurch verschlechtert

1) Entsch. des R.G. III, ff. 350; Seuffert, Arch. XL Nr. 107, XLVIII Nr. 91, A. A. Entsch. des R.O.H.G. in Seuffert's Arch. XXXII Nr. 25.

worden sei, daß die Klägerin den weitern Kredit dem Hauptschuldner bewilligt habe. In dieser Beziehung entbehrt aber das Vorbringen der Beklagten jeder Begründung.

Urteil des II. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 28. Juni 1894 i. S. Gewerbebank Schwenningen gegen Benzing.

Die gegen dieses Urteil eingelegte Revision ist zurückgewiesen worden.

20.

Haftung
a) des Vorstands einer Schützengilde,
b) des Polizeiamtmanns,
c) des Ortsvorstehers
für die bei einem Probeschießen in Folge mangelhafter Schutzvorrichtungen vorgekommene Verletzung einer Person?

Am 16. Juli 1891 ist der Kläger auf seinem Grundstück in der Nähe der Gönninger Landstraße bei Reutlingen von einer auf dem Schießplatz der Reutlinger Schützengilde, die damals ein Probeschießen vor dem in den folgenden Tagen stattfindenden Landesschießen abhielt, abgefeuerten Kugel getroffen worden. Er verlangt Ersatz des Schadens, den er durch die erlittene Verletzung erlitten hat, von dem Oberschützenmeister E. der Reutlinger Schützengilde, weil derselbe bei Einrichtung des Schießplatzes die erforderlichen Sicherungsmaßregeln anzubringen unterlassen habe, ferner von dem Polizeiamtmann P. von Reutlingen, weil derselbe der der Ortsbehörde obliegenden Pflicht, dafür zu sorgen, daß bei Schießübungen die nötige Vorsicht angewendet werde, nicht nachgekommen sei, endlich vom Oberbürgermeister B. von Reutlingen, weil dieser die von dem Polizeiamtmann getroffenen Anordnungen nicht gehörig beaufsichtigt habe, und insbesondere dem Polizeiamtmann gegenüber die Absperrung der Gönninger Landstraße für unthunlich erklärt habe. Die Beklagten haben jedes Verschulden in Abrede gezogen. In

erster Instanz ist der gegen den Oberschützenmeister und den Polizeiamtmann eingeklagte Anspruch vorbehältlich des Betrags für begründet erklärt und dem Oberbürgermeister ein Eid darüber auferlegt worden, daß er nicht die Absperrung der Gönninger Straße für unthunlich erklärt habe. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Oberschützenmeisters zurückgewiesen, die Klage gegen den Polizeiamtmann zur Zeit und diejenige gegen den Oberbürgermeister unbedingt abgewiesen aus folgenden, den näheren Sachverhalt ergebenden

Gründen:

III[1]). Die Behauptung der Beklagten, es seien die erforderlichen Sicherungsmaßregeln getroffen worden, ist irrig.

Durch die Gutachten der im Prozeß vernommenen Sachverständigen, in Verbindung mit den Aussagen der Zeugen Oberstlieutenant Sch. und Werkmeister A., sowie den durch den Geometer M. gefertigten Plan ist folgendes festgestellt:

Die Schießbahn, auf welcher bei dem Probeschießen auf die Feldkehrscheibe geschossen wurde, war 279 m lang. Bei dem Probeschießen befand sich vor dem Schießstand, welcher mit einem etwas vorspringenden Dach versehen war, in der Entfernung von ca. 6 Meter eine Blende d. h. eine auf Pfosten stehende Balkenwand, welche in der Höhe von ungefähr 2 m begann und welche selbst 1 m 40 cm hoch war. Eine zweite Blende, welche ebenso konstruiert war, befand sich ungefähr 4 m vor den Scheiben. Beide Blenden standen also, wenn die Bahn zu 279 m lang angenommen wird, ungefähr 269 m auseinander. Erst nach dem Probeschießen wurden zwischen diesen 2 Blenden zwei weitere errichtet. Als Kugelfang hinter den Scheiben diente ein Erdaufwurf von 1½ bis 1 m 70 cm Höhe und hinter diesem eine Holzbeuge von 3½ m Höhe. Diese Holzbeuge ragte auf beiden Seiten 4 bis 5 m über die Scheiben hinaus. Links neben dem Schützenstand, sowie rechts und links von den Scheiben waren ebenfalls Holzbeugen angebracht. Durch diese Einricht-

1) Ziff. I und II der Gründe enthalten thatsächliche Feststellungen über die Verletzung des Klägers und die Zurückweisung der Einrede des eigenen Verschuldens des Klägers.

ungen war aber die Möglichkeit nicht verhütet, daß die Kugeln abgefeuerter, wie durch unvorsichtige Handhabung losgegangener Schüsse auf die verschiedenste Art und Weise auf die hinter den Scheiben befindlichen Grundstücke geschleudert werden konnten.

Zunächst konnte eine Kugel ungehindert zwischen dem Rande des Dachs der Schießhalle und dem obern Rand der ersten Blende durchgehen, sei es, daß der in den Stand getretene Schütze in der Ladestellung die Mündung des Gewehrs in die Höhe hielt, oder daß er im Begriff war, das Gewehr mit in die Höhe gehobener Mündung an die Schulter in Anschlag zu bringen und das Gewehr unversehens losgieng.

Sodann aber konnten Kugeln zwischen dem untern Rand der ersten vor dem Schießstand befindlichen Blende und dem obern Rand der vor den Scheiben stehenden Blende, ohne Widerstand zu finden, über den Kugelfang weggehen und zwar sowohl in dem Falle, wenn der Schütze das Gewehr noch in der Ladestellung hielt, als wenn er das Gewehr in Anschlag gebracht hatte, dasselbe ganz normal abfeuerte und nur beim Abschießen durch ein geringes Schwanken etwas zu hoch abkam. Die große Entfernung der beiden beim Probeschießen einzig vorhandenen Blenden von einander hatte zur Folge, daß, mochten dieselben auch bei einem größeren Schützen genügende Sicherheit gewähren, sie sich dann nicht mehr deckten, wenn ein kleinerer Schütze in den Stand trat und so die Höhenlage des Augs des Schützen und des Gewehrs sich erniedrigte. Denn dann erschien für das Auge des Schützen am Horizont zwischen dem unteren Rand der ersten Blende und dem obern Rand der zweiten äußeren Blende ein freier Raum, durch welchen die Kugel durchpassieren konnte. Und dieser Zwischenraum vergrößerte sich um so mehr, je kleiner der Schütze und je niederer die Höhenlage des Auges und des Gewehres war.

Es bedurfte dann nur eines geringen Schwankens beim Zielen nach aufwärts, um jenes Ergebnis herbeizuführen. Ein solches Fehlen der Scheiben ist aber auf eine Distanz von nahezu 300 Metern nichts ungewöhnliches, insbesondere dann, wenn ein Schütze auf diese Entfernung noch nicht eingeübt war. Da auch

kein natürlicher höherer Kugelfang hinter den Scheiben vorhanden war, diese vielmehr auf der Höhe des Hügels aufgestellt waren, so konnte es sich leicht ereignen, daß einzelne Kugeln die nur 3½ m hohe Holzbeuge überflogen und in dem Gelände hinter den Scheiben niedergiengen.

Eine solche Kugel konnte auch den Kläger treffen und trotz der großen Tragweite der Gewehre auf dem absteigenden Ast der Flugbahn sich befinden, wenn die Pulverladung eine schwächere gewesen war, oder die Kugel die Kante einer Blende oder des Dachs gestreift oder durchbohrt hatte bzw. ihre Kraft durch ein anderes Hindernis abgeschwächt war. Hiezu kommen die sog. Aufschläger. Solche Aufschläger, welche auf der langen Strecke zwischen den 2 Blenden den Boden trafen, sich wieder erhoben und in der Schußlinie fortgiengen, konnten sehr leicht die zweite Blende und den Kugelfang überspringen, in das Land hinter den Scheiben gelangen und so den Kläger treffen.

Gegen alle diese Möglichkeiten konnten geeignete Maßregeln getroffen werden, welche, wenn sie nicht die Gefahr ganz ausschlossen, doch dieselbe in erheblichem Maße verminderten. Es konnte die erste Blende erhöht und das Dach des Schießstandes erniedrigt werden, wie dies später geschehen ist. Es konnten zwischen den zwei Blenden noch mehrere angebracht werden, so daß die Zwischenräume zwischen denselben verringert wurden und die Blenden sich deckten in der Weise, daß es selbst einer von ganz niederem Zielpunkt aus abgefeuerten Kugel unmöglich wurde zwischen der untern Kante der einen und der oberen Kante der andern folgenden den Weg hindurch zu nehmen. Es konnte auch der Kugelfang erhöht werden.

Sodann ist unrichtig, daß es gegen Aufschläger keine Sicherungsmaßregeln gebe. Gegen Aufschläger überhaupt sichert das Aufwerfen von Querdämmen, in welchen die Aufschläger stecken bleiben. Gegen Aufschläger, welche in der Richtung der Schießbahn weitergehen, schützt eine genügende Anzahl von Blenden und nur gegen solche, welche in einem ganz andern Winkel seitwärts oder in die Höhe geschleudert werden, geben diese Blenden keinen Schutz. Endlich konnte die gefährdete Gegend abgesperrt werden.

Daß die vor dem Probeschießen getroffenen Maßregeln durchaus ungenügend waren, ergiebt sich auch daraus, daß selbst nach den in Folge des Unfalls getroffenen weiteren Schutzmaßregeln bei dem Festschießen eine Menge von Kugeln über den Schießplatz hinaus gelangten und an Stellen niedergiengen, wo Menschen getroffen werden konnten.

Diese Thatsache für sich allein schon beweist zur Genüge, daß die Sicherheitsvorkehrungen durchaus mangelhaft und entweder mit einem großen Leichtsinn oder in grober Unkenntnis des zur Sicherung des Publikums Nötigen getroffen waren. Daraus, daß selbst beim Festschießen noch Kugeln über den Schießplatz hinausflogen, folgt keineswegs, daß Sicherheitsmaßregeln überhaupt nichts nützen, sondern es ergiebt sich daraus, daß die nachträglich angebrachten auch noch nicht ausreichend, daß somit die beim Probeschießen vorhandenen noch unzureichender waren, und nicht ersichtlich ist, wie daraus, daß auch nach Anbringung weiterer Schutzvorrichtungen Kugeln noch bis auf 700 m abirrten, geschlossen werden kann, daß Anhaltspunkte fehlen, es sei die Verletzung des Klägers durch eine Mangelhaftigkeit der auf der Schießstätte vorhandenen Schutzvorrichtungen verursacht worden.

Von einem Zufall kann dann nicht mehr die Rede sein, wenn Kugeln in dieser Zahl abirren und über den Schießplatz hinausgehen.

IV. Den Veranstaltern des Probeschießens bzw. den mit Herstellung der erforderlichen Anstalten Beauftragten lag aber ob, die zum Schutze des Publikums gegen Gefährdung des Lebens und der Gesundheit Anderer nötigen und ausreichenden Maßregeln zu treffen.

Jeder der mit einer Schußwaffe umgeht, weiß und muß wissen, daß damit selbst auf weite Entfernungen die Verletzung oder der Tod eines Menschen herbeigeführt werden kann. Wer sich einer solchen Waffe bedient, hat nach der Jedem obliegenden allgemeinen Rechtspflicht „neminem laede“ dafür zu sorgen, daß damit einem Andern kein Schaden zugefügt wird und er hat bei der Gefährlichkeit der Waffe in der Handhabung derselben alle Sorgfalt anzuwenden, daß eine solche Beschädigung

verhütet wird. Daraus folgt die Pflicht, daß derjenige, welcher einen Schuß abfeuert, sich vorher genau überzeugt, daß von dem Geschoß Niemand getroffen werden kann und daß er solche Vorkehrungen trifft, daß dies nicht geschehen kann. Hiebei ist zu beachten, daß bei dem Schießen nach einem Ziel — nach einer Scheibe — auch bei ganz normal abgegebenen Schüssen das Ziel gefehlt, zu hoch oder zu nieder, zu weit nach rechts oder links geschossen werden kann, daß somit das abgefeuerte Geschoß durch eine unwillkürliche Bewegung des Schützen und ebenso durch das Aufprallen auf einen andern Gegenstand eine nicht gewollte Richtung nehmen kann. In gleicher Weise kann eine unvorsichtige Handhabung des Gewehrs eine vorzeitige Entladung des Schusses zur Folge haben. Dies sind Ereignisse, welche erfahrungsgemäß mit dem Gebrauch von Schießwaffen verknüpft sind und welche daher in Rechnung genommen werden müssen.

Alles dieses gilt auch da, und noch in höherem Maße da, wo mehrere Schützen versammelt sind. Nur ist hier zu beachten, daß bei solchen Gesellschaftsschießen der einzelne Schütze nicht in der Lage und veranlaßt ist, die Sicherheitsvorrichtungen im Einzelnen zu prüfen, sondern daß er zunächst befugt ist, darauf zu vertrauen, diejenigen, welche das Schießen veranstaltet und dazu den Schießplatz hergerichtet haben, haben die erforderliche Sorgfalt angewendet, um Unglücksfälle auszuschließen. Diesen liegt die Sorge für Anbringung der Schutzmaßregeln ob.

Hienach muß bei Einrichtung eines Schießplatzes dafür gesorgt werden, daß bei normal abgegebenen Schüssen d. h. bei solchen, bei welchen dem Abgeben des Schusses keine Unvorsichtigkeit zu Grunde liegt, sondern nur ein ungenaues Zielen das Fehlen veranlaßt, die Kugeln die Bahn nicht verlassen können. Ebenso ist aber darauf Rücksicht zu nehmen, daß bei einer größeren Anzahl von Schützen, wenn jedem unbescholtenen 18jährigen Manne, der zum Tragen von Schießwaffen berechtigt ist, der Eintritt in die Gesellschaft freisteht, s. Statuten der Reutlinger Schützengilde § 3, stets Anfänger, weniger geübte und unruhige Schützen sich befinden. Es braucht nicht entschieden

zu werden, ob ein Schießstand so eingerichtet sein muß, daß jeder Unglücksfall absolut ausgeschlossen ist, allein jedenfalls müssen die vorstehend angeführten Möglichkeiten berücksichtigt und die durch sorgfältige Untersuchung der Schießstätte und durch die Erfahrung gebotenen Schutzmaßregeln getroffen werden, um Verletzungen Anderer auszuschließen und unmöglich zu machen.

Die schon aus allgemeinen Grundsätzen folgende Pflicht zur Sorgfalt bei Einrichtung von Schießständen spricht auch Art. 13 des Gesetzes vom 1. Juni 1853 aus: Der Ort der Schießübungen müsse so gelegen und eingerichtet sein, daß für andere Personen keine Gefahr entstehe. Diese Vorschrift wendet sich nicht bloß an die Ortsbehörden, sondern legt auch den Einzelnen und Gesellschaften diese Pflicht auf; und dies ergiebt sich abgesehen von dem gebietenden Wortlaut schon daraus, daß selbstverständlich schon der erste Satz des Art. 13 dadurch, daß er den Ortsbehörden die Pflicht auferlegt, dafür zu sorgen, daß die nötige Vorsicht angewendet werde, die Einzelnen und die Gesellschaften nicht von der eigenen Pflicht zur Sorgfalt entbinden will. Ein Teil dieser Sorgfalt ist aber auch die ungefährliche Herstellung des Orts der Schießübungen.

Andere Personen dürfen also nicht durch die abgegebenen Schüsse verletzt werden, mögen diese normal abgefeuert oder durch Unvorsichtigkeit losgegangen sein.

Sollte wegen örtlicher Verhältnisse, Mangels eines natürlichen Kugelfangs, Lage des Schießplatzes an einer Straße oder in Mitte bebauter oder zu bebauender Felder eine Sicherheit gegen über den Schießplatz abirrende und hinausfliegende Kugeln nicht zu erreichen sein, so muß die gefährdete Gegend in ausreichender Weise abgesperrt werden und zwar soweit als die Möglichkeit vorliegt, daß Kugeln an eine Stelle außerhalb des Schießplatzes gelangen können und wenn auch dies nicht durchführbar ist, so muß das Schießen an dieser Stelle unterbleiben, denn Schützenfeste und Schießübungen dazu haben gegen die Gesundheit und das Leben eines Menschen zurückzutreten.

Keinenfalls darf sich ein Schütze darauf verlassen, es sei eben ein Zufall, wenn ein Mensch gerade da stehe, wohin die

Kugel fliege. Es mag hier nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch ein Zufall vorliegen, nicht aber ein casus in juristischem Sinn. Jedermann weiß, daß ein Geschoß an irgend einer Stelle die Erde wieder erreichen muß und er muß mit der Möglichkeit rechnen, daß hier sich ein Mensch befinden kann. Um so weniger ist ein solches Vertrauen gerechtfertigt, wenn eine größere Anzahl von Personen sich am Schießen beteiligt und in der gefährdeten Gegend Menschen verkehren und arbeiten.

Die Unterlassung der angegebenen Sicherungsmaßregeln gereicht auch denen, welchen die Errichtung des Schießplatzes oblag, zur Schuld.

Daß die Kugeln zwischen Dach und erster Blende und sodann zwischen erster und zweiter Blende, sei es direkt, sei es als Aufschläger durchgehen und den Kugelfang überfliegen könnten, ließ sich bei einer sorgfältigen Beaugenscheinigung und einigem Nachdenken sehr wohl wahrnehmen. Man durfte nur ein Gewehr in die zum Laden und Abschießen erforderliche und in die hiebei möglichen Lagen bringen und beobachten, ob sich dann dem Auge in gerader Linie ein Hindernis darbot, oder nicht, in welchem Fall auch eine Kugel kein solches fand und in ähnlicher Weise konnte geprüft werden, ob ein Aufschläger abirren könne. Bei dem durchaus ungenügenden Zustand der Sicherheitsvorkehrungen, wie er oben geschildert wurde, mußte sich jeder einigermaßen sorgfältige Mann sagen, daß bei Berücksichtigung des gewöhnlichen Laufs der Dinge die Verletzung von Personen, die sich in dem hinterliegenden Terrain befinden, sehr wohl möglich und daß daher eine hinreichende Absperrung nötig sei.

Daß an ein solches Weitergehen und Abirren von Kugeln auch gedacht wurde, geht daraus hervor, daß der „Blosweg" bei dem Probeschießen „abirrender Geschosse halber" abgesperrt wurde. Das aber mußte Jedem einleuchten, daß diese Maßregel eine ganz ungenügende sei. Denn daß Kugeln, welche den Blosweg gefährdeten, also über den Kugelfang oder neben vorbei gegangen waren, nicht unmittelbar hinter dem Blosweg zu Boden fallen werden, lag auf der Hand. Diese Maßregel war also lediglich getroffen, um das Publikum zu beruhigen;

im Uebrigen wurde darauf vertraut, es werde nicht gerade eine Kugel ein Unheil anrichten.

Es ist aber auch derjenige haftbar, welcher ohne genügende Sachkunde ein Unternehmen beginnt und dadurch Schaden anrichtet.

Demgemäß haben auch die Sachverständigen, deren Sachkunde ohne Grund angefochten worden ist, sich dahin ausgesprochen, sie müssen die Wahl des Schießplatzes als eine unglückliche bezeichnen. Der Kugelfang hätte bedeutend höher konstruiert werden sollen und außerdem hätten mehr Blenden angebracht werden müssen. Das Fehlen der mittleren Blende sei ein technischer Fehler. Ferner hätte das Hinterland in weitem Umfang bis auf 2000 m nach vorwärts und je 1000 m nach rechts und links durch Absperrung gesichert werden sollen. Das Verlangen einer Absperrung nach vorwärts auf 2000 m war unter den vorliegenden Umständen vollständig begründet, denn die Tragweite der Gewehre ist eine so große und es ist oben nachgewiesen, daß direkt und normal abgefeuerte Kugeln ohne die Blenden oder ein sonstiges Hindernis zu berühren, über den Kugelfang fliegen, den Schießplatz verlassen und in das hinterliegende Gelände gelangen konnten. Was aber die seitliche Absperrung auf 1000 m Entfernung betrifft, so konnte eine solche deshalb für genügend erachtet werden, weil allerdings kaum daran zu denken war, daß ein Schütze von dem Schießstand aus sein Gewehr seitwärts in einem rechten Winkel zur Schießbahn abfeuern werde, seitwärts abirrende Aufschläger aber, die hier vorzugsweise in Betracht kommen, einen Teil ihrer Kraft schon verloren haben, so daß eine Absperrung auf 2000 m seitwärts nicht als geboten erschien.

Zu ihrer Entschuldigung können sich die Beklagten nicht auf die Thatsache berufen, daß auch das Bezirkskommando in Reutlingen den Schießplatz auf der Rennwiese ohne besondere Sicherheitsmaßregeln benützt habe. Das Landwehr-Bezirkskommando hat auf dem Platz seit Dezember 1890 nicht mehr schießen lassen; sodann wurde dieser Platz nur ausnahmsweise und nur zu Uebungen auf kurze Distanzen benützt. Dies begründet aber für die Frage der Gefährlichkeit einen erheblichen Unterschied.

Die Beklagten machen weiter geltend, die Schützengilde zu Reutlingen habe auch seither den Schießplatz benützt, ohne daß ein Unglück oder eine Klage vorgekommen sei. Allein es ist anerkannt, daß zum Probe- und Festschießen der Schießplatz erweitert und eine Schießbahn von mindestens 279 m Länge angelegt worden sei, und daß nun die Scheiben auf die Höhe der Bodenerhebung gestellt worden seien. Es wird nicht angeführt, welche Sicherungsmaßregeln, insbesondere welche Kugelfänge bei den früheren Schießbahnen vorhanden gewesen sind. Der frühere Schießplatz scheint auch nicht für so ungefährlich angesehen worden zu sein, wie behauptet wird: es sagen vielmehr die Unterzeichner der am 27. Juli 1891 an den Gemeinderat gerichteten Eingabe, es sei schon seit Jahren die Beobachtung gemacht worden, daß bei Schießübungen Kugeln auf die Güter hinter der Rennwiese einschlagen. Sodann hat der beeidigte Zeuge A. Sch. angegeben, etwa 2 Jahre vor dem Landesschießen habe er auf seinem Baumgut wahrgenommen, daß ein paar Kugeln über sein Baumgut weggeflogen seien; sie seien von dem alten Schießplatz hergekommen, wo die Schützengilde ein Schießen gehabt habe.

Was nun aber die „ersten Autoritäten Deutschlands, Oesterreichs und der Schweiz [1])“ betrifft, so steht fest, daß die Besichtigung des Festplatzes durch den Landesausschuß im Monat Mai 1891 nur der Frage gegolten hat, ob der Platz genügend Raum zum Schießen biete, nicht aber der Frage der Sicherheitsmaßregeln. Diese Frage wurde also vor dem Festschießen von diesen Autoritäten nicht geprüft und es ist unrichtig, daß die Vorbereitungen für das Schießen von denselben besorgt worden seien.

Hinsichtlich der Aussagen dieser Autoritäten im Prozeß aber, daß sie die Sicherheitsmaßregeln für genügend erachtet haben und daß die Blenden wie üblich angebracht gewesen seien,

1) Der Beklagte E. hatte geltend gemacht, die ersten Autoritäten Deutschlands, Oesterreichs und der Schweiz, insbesondere die Mitglieder des Landesausschusses, haben die getroffenen Schutzmaßregeln für genügend erklärt.

kommt in Betracht, daß diese Autoritäten gar nicht beim Probeschießen zugegen waren, sondern sie haben sich nur beim Festschießen beteiligt, bei welchem schon die Blenden erhöht, zwei weitere Blenden und weitere Holzbeugen angebracht waren; sie haben sich nur über die damals vorhandenen Sicherungsmaßregeln ausgesprochen und ihre Beobachtungen nur vom Schießstand aus gemacht; sie hatten auch als Festgäste keine Veranlassung, die Sache näher zu untersuchen. Ihre Aeußerung erwies sich schon dadurch als unrichtig, daß trotz dieser Maßregeln noch zahlreiche Kugeln den Schießplatz verlassen konnten, und sie wird vollends hinfällig durch das beeidigte Zeugnis des Stadtbaumeisters W. von H., daß bei dem Landesschießen in Heilbronn, um den hinterliegenden Ort Sontheim zu schützen, mehr Blenden angebracht gewesen seien.

Speziell für die Vorsicht des Landesschützenmeisters F. würde nicht sprechen, wenn es richtig wäre, was der Beklagte P. angegeben hat, daß F. erklärt habe, die Angaben, daß man auf der Gönninger Straße Kugeln fliegen höre oder gar sehe, werde auf einer Täuschung der betr. Personen beruhen, es können höchstens abgeprallte Kugeln sein und diese seien wenig gefährlich.

Sodann enthält die in der Untersuchung [1]) abgegebene Aeußerung desselben mehrfach unzutreffende Voraussetzungen: es ist unrichtig, daß man nicht von mangelhaften Schutzmaßregeln reden könne, weil es unmöglich gewesen sei, den Kugelfang so hoch zu machen, daß er alle zu hoch abgefeuerten Kugeln auffangen konnte; denn es giebt noch andere Maßregeln, so z. B. Zwischenblenden und Absperren des Geländes. Richtig ist, daß sich nicht alle möglichen Fälle, wie sich ein Unfall ereignen kann, ausdenken und dagegen Vorkehrungen treffen lassen; allein daraus folgt nicht, daß auch gegen diejenigen, die sich denken lassen, keine Schutzmaßregeln zu treffen seien. Wenn sich gegen Schüsse, die in großer Elevation über die Kugelfänge hinausfliegen, absolut sichere Vorkehrungen unter gewöhnlichen Umständen und in einer reich bevölkerten Gegend überhaupt

1) Gegen den Beklagten E. war ein Strafverfahren wegen fahrlässiger Körperverletzung eingeleitet, das mit dessen Außerverfolgung-Setzung endete.

nicht treffen lassen, so muß eben das Scheibenschießen in einer reich bevölkerten Gegend unterbleiben.

Ob die Anbringung von Blenden oder das Absperren seither üblich oder nicht üblich war, und ob man sich noch bei keinem einzigen Schützenfest auf den Standpunkt der absoluten Absperrung gestellt hat, darauf kommt nichts an, sondern darauf, was die Oertlichkeit, in welcher geschossen wird, verlangt. Hier lag die Besonderheit vor, daß die Scheiben auf der Höhe eines Hügels aufgestellt wurden und kein natürlicher Kugelfang vorhanden war. Widerlegt ist überdies die Behauptung, daß beim Probeschießen die nach der Erfahrung von Jahrzehnten ausreichenden Sicherungsmaßregeln angebracht gewesen seien.

Daß das K. Oberamt Reutlingen die Gönninger Straße nicht sofort nach dem Unfall, sondern erst am 2. Tage absperren ließ, beweist nichts, denn es mußte sich doch zuvor von der Notwendigkeit dieser Anordnung unterrichten.

V. Auch der Kausalzusammenhang zwischen der Unterlassung der Sicherungsmaßregeln und der Verletzung des Klägers ist als vorhanden anzunehmen.

Es ist nicht erforderlich, daß mit Sicherheit festgestellt wird, welcherlei Art die Kugel war, welche den Kläger verletzt hat, ob Aufschläger, ob direkte zu hoch abgefeuerte Kugel u. s. w. und ebensowenig, welche Unterlassung die Schuld trug.

Denn da, wie nachgewiesen ist, in so mannigfacher Weise und so leicht in Folge des Nichtanbringens von Sicherungsmaßregeln eine Kugel von den Schießständen aus zu dem Kläger gelangen und diesen verletzen konnte, so ist in Verbindung mit der Thatsache, daß die Beklagten selbst eine plausible Art und Weise, wie denn ein bloßer Zufall trotz der Sicherheitsmaßregeln die Verletzung des Klägers hätte herbeiführen können, nicht anzuführen vermocht haben, sich ein solcher auch kaum konstruieren läßt und nicht der mindeste Anhaltspunkt für einen solchen vorliegt, auch als erwiesen anzusehen, daß die Verletzung auf der Unterlassung einer Sicherungsmaßregel beruht.

Der Beklagte E. bemerkt selbst, daß nach der übereinstimmenden Angabe aller beteiligten Schützen die Schüsse ordnungsmäßig

abgegeben worden seien, und keiner der Schützen eine Wahrnehmung gemacht habe, daß ein Schuß unversehens losgegangen sei. Wenn aber irgend eine Wahrnehmung gemacht worden wäre, welche auf einen Zufall hindeuten würde und wonach sich das Abirren der Kugel durch einen Zufall erklären ließe, so wäre dies auch bekannt geworden und den Beklagten zur Kenntnis gekommen.

Eine Fahrlässigkeit und nicht ein Zufall liegt insbesondere dann vor, wenn die Kugel eines normal abgegebenen Schusses auf dem Kugelfang aufschlug und so in das rückliegende Terrain weiter gieng. Denn dies konnte und mußte durch Anbringung einer genügenden Zahl von Blenden und durch Absperrung verhütet werden.

Das Einzige, was die Beklagten anzuführen vermögen, ist, daß ein Schütze Hartblei verwendet haben und daß die Kugel durch eine Holzbeuge oder Blende hindurch geschlagen haben könne, wofür sie nicht verantwortlich seien.

Ob das letztere zutreffen würde, kann dahin gestellt bleiben; denn es ist nicht anzunehmen, daß Hartblei verwendet wurde. Einmal war dies verboten, sodann hat die Verwendung von Hartblei beim Scheibenschießen keinen Zweck, denn es kommt hier nicht darauf an, daß die Kugel bei Durchschlagen eines Gegenstandes nicht deformiert wird; irgend ein Umstand, der auf Verwendung von Hartblei hinweist, ließ sich nicht auffinden und die Flugbahn und der Schußkanal läßt sich auch bei einer Kugel aus Weichblei erklären.

Der Kausalzusammenhang wird auch insofern bestritten, als nicht bewiesen sei, daß der Kläger nicht auf sein Grundstück gefahren wäre, wenn die Gönninger Straße abgesperrt gewesen wäre. Der Kläger soll dem Feldschützen Braun, als dieser ihn warnte, erwidert haben, die Kugeln werden doch nicht soweit gehen. Es ist daher nicht abzusehen, warum, wenn ihm durch eine öffentliche Bekanntmachung und eine genügende Absperrung zum Bewußtsein gebracht worden wäre, daß die Kugeln eben doch so weit gehen, er nicht jene Gegend vermieden haben würde, wie jeder andere vorsichtige Mann. Daß der Kläger besonders leichtfertig sei, konnte nicht behauptet werden.

Daran zu zweifeln, daß das Stadtpolizeiamt bzw. das K. Oberamt Reutlingen die Absperrung der Gönninger Straße und des anliegenden Geländes, wie es ihre Pflicht gewesen, verfügt hätten, wenn der Antrag darauf unter Nachweis der Gefahr gestellt worden wäre, oder daß sie, wenn dies nicht angängig gewesen wäre, das Schießen an dieser Stelle untersagt hätten, liegt kein Grund vor, wie denn auch das K. Oberamt Reutlingen die Absperrung der Gönninger Straße angeordnet hat.

VI. Ob die Schützengilde zu Reutlingen für das Verschulden ihrer Organe haftet, ist nicht zu entscheiden. Jedenfalls haftet dasjenige Organ derselben, dem die Einrichtung des Schießplatzes und damit die Anbringung der Sicherungsmaßregeln oblag. Dies war aber der Beklagte E. und er haftet nicht bloß der Gesellschaft gegenüber, sondern auch Dritten, die durch Unterlassung der Sicherungsmaßnahmen zu Schaden kommen.

Der Beklagte E. war Oberschützenmeister der Reutlinger Schützengilde und Vorstand des Bauausschusses, dem die Herrichtung des Schießplatzes oblag. Er giebt selbst zu, daß er an der Spitze des Arrangements für das Landesschießen gestanden sei und sowohl die einzelne Kommission als den Festausschuß nach außen vertreten habe.

Im Laufe der Untersuchung hat er sich dahin ausgesprochen, die Ausrüstung der Blenden habe er mit Werkmeister A. besorgt, was dieser auch bestätigt hat. Er sagt weiter, sowohl Werkmeister A. als er haben hiebei Alles gethan, was sie nach ihrem besten Willen haben thun können; die Herrichtung des Schießplatzes sei nach den Plänen des Bauausschusses erfolgt; die Zeichnungen des ganzen Schießplatzes, von Werkmeister A. gefertigt, seien von ihm und der Baukommission geprüft worden. Er hat zugegeben, über das Schießen überhaupt bzw. über die zu treffenden Vorsichtsmaßregeln habe er selbst mit dem Stadtpolizeiamt Rücksprache genommen, und mit diesem dahin Einigung erzielt, daß es genüge, wenn nur der Blowseg abgesperrt werde.

Nach dem Bericht des Polizeiamts Reutlingen sodann hat der Beklagte E. mit dem Polizeiamtmann am Morgen des Probeschießens den Festplatz besichtigt.

Aus dem Bisherigen geht hervor, daß der Beklagte E. sich dieser Aufgabe unterzogen und dies als eine ihm obliegende Pflicht angesehen hat in Uebereinstimmung mit den Statuten der Gesellschaft § 15, welche festsetzen, daß der Oberschützenmeister die Pflicht habe, für Sicherheit und Ordnung auf der Schießstätte zu sorgen. Nach Art. 15 des Ges. vom 1. Juni 1853 ist eine Schützengesellschaft gehalten eine bestimmte Ordnung festzusetzen, durch welche insbesondere Unglücksfällen u. s. w. vorgebeugt wird. Sowenig hierunter nur Unglücksfälle innerhalb der Schießstätte gemeint sind, sowenig kann angenommen werden, daß der § 15 der Statuten nur von solchen rede, denn bei der Wichtigkeit, welche die Sicherung des Publikums für den Bestand einer Schützengesellschaft hat (zu vergl. Art. 16 Abs. 2 des cit. Ges.), ist anzunehmen, daß mit § 15 der Statuten auch diese Aufgabe den Organen der Gesellschaft und in erster Linie dem Oberschützenmeister übertragen werden sollte. Zudem sprechen die Statuten auch davon, er habe die nötigen Vorbereitungen und Anordnungen für die Gesellschaftsschießen zu treffen.

Darauf, daß der Werkmeister A. die Blenden mit ausgerüstet hat, und daß die Anbringung der Sicherheitsmaßregeln Sache des Bauausschusses gewesen sei, kann sich der Beklagte E. nicht berufen. Mitglieder des Bauausschusses waren der Werkmeister A., Maler F. und Mechaniker G. Keiner derselben war Schütze. Dies beweist, daß diese Baukommission in dem Sinne gewählt und zusammengesetzt war, daß jeder in derselben das besorgen solle, worin er als sachverständig angesehen wurde.

Unrichtig ist die Behauptung, daß der Beklagte E. dadurch entschuldigt sei, daß die Polizeibehörde die getroffenen Sicherungsmaßregeln nicht beanstandet habe. Zunächst hat jeder Einzelne seine Handlungen so einzurichten, daß er einem Andern keinen Schaden zufügt. Die Aufgabe der Polizei ist es nicht, die eigene Pflicht des Einzelnen zur Sorgfalt zu ersetzen, und eine mangelhafte Beaufsichtigung durch die Polizei entschuldigt eine Fahrlässigkeit nicht. Wenn die Polizei eine Maßregel verordnet, so mag derjenige, welcher sie befolgt, außer Schuld sein; nicht das Gleiche gilt aber, wenn die Polizei etwas unterläßt.

So wendet sich auch Art. 13 des Ges. vom 1. Juni 1853 nicht bloß an die Ortsbehörde.

Nach dem Bisherigen erscheint die aquilische Klage gegen den Beklagten E. als begründet, da dieselbe auch zutrifft, wenn die Verletzung durch eine Unterlassung herbeigeführt wurde, sofern die unterlassene Thätigkeit durch ein vorangegangenes Thun, hier die Einrichtung des Schießplatzes, oder eine Polizeivorschrift geboten war.

VII. Der Art. 13 des Ges. vom 1. Juni 1853 legt den Ortsbehörden die Pflicht auf, dafür zu sorgen, daß bei Schießübungen die nötige Vorsicht angewendet werde, daß insbesondere der Ort der Schießübungen so gelegen und eingerichtet sei, daß für andere Personen keine Gefahr entstehe.

Zur Zeit des Probeschießens lag die Ausübung der Ortspolizei in Reutlingen dem Beklagten P. ob.

Der Bestimmung des Art. 25 des Ges. vom 6. Juli 1849 zufolge war in Reutlingen ein besonderes Polizeiamt errichtet und der Beklagte P. zum Polizeiamtmann bestellt. Dieser Beschluß hat auch am 31. Oktober 1889 die Genehmigung des K. Ministeriums des Innern erhalten.

Dadurch war dem Beklagten P. die dem Ortsvorsteher zustehende Ortspolizeiverwaltung übertragen und derselbe innerhalb dieses Wirkungskreises die dem Ortsvorsteher zukommenden Befugnisse selbständig auszuüben ermächtigt. Daraus, daß in jenem Gesetz von dem Polizeiamtmann als „Hilfsbeamten“ die Rede ist und das Gesetz anders lautet, als der erste Entwurf, ist nicht zu schließen, daß der Ortsvorsteher verantwortlich blieb; es sollte nur dem Einwand begegnet werden, daß nach diesem Entwurf der Polizeibeamte als zweiter Ortsvorsteher erscheine und als solcher auch direkt von der Bürgerschaft gewählt werden müsse. Aber an der selbständigen Uebertragung der Polizei behufs Entlastung des Ortsvorstehers wurde nichts geändert.

Gleichgiltig ist hieher, ob der Polizeibeamte in allgemeinen Dienstangelegenheiten dem Ortsvorsteher unterstand und ob der letztere befugt gewesen wäre, eine Polizeiangelegenheit an sich zu ziehen. Es ist auch nicht zu bezweifeln, daß an dem ange-

führten Verhältnis dadurch nichts geändert wurde, daß der Oberbürgermeister das Ehrenpräsidium des Festausschusses übernommen hatte.

Diese Pflicht der Aufsicht hat der Beklagte P. verletzt. Er hat sich weder selbst in genügender Weise, noch, wenn er selbst nichts davon verstand, mittelst Sachverständiger davon überzeugt, daß die erforderlichen Sicherungsmaßregeln angeordnet seien. Er hat sich vielmehr lediglich auf den Beklagten E. verlassen.

Dies war um so weniger zulässig, als er sich sagen mußte, es liege die Möglichkeit vor, daß auch der Beklagte E. nicht die genügende Sachkunde besitze, dieser könne zu sorglos sein und sich darauf verlassen, es werde nichts passieren, es seien diejenigen, welche ein solches Fest veranstalten, geneigt, die dem Unternehmen entgegenstehenden Hindernisse zu unterschätzen und als unbedeutender darzustellen, als sie in Wirklichkeit sind und es sei derjenige, welcher hinsichtlich der Sicherungsmaßregeln überwacht werden sollte, nicht der geeignete Sachverständige, um festzustellen, daß alles Nötige gethan sei. Lag die Anordnung der Sicherungsmaßregeln nicht ganz in seiner Zuständigkeit, so hatte er sie bei dem K. Oberamt zu beantragen.

Daß das Oberamt Reutlingen nach § 113 des Verwaltungsedikts einzuschreiten befugt war, entband die in erster Linie verantwortliche Ortsbehörde ihrer Verpflichtung nicht.

Hienach hat der Beklagte P. durch seine ungenügende Aufsicht den Schaden mitverschuldet, und er haftet als Beamter aus der Verletzung seiner Amtspflicht dem Beschädigten für den eingetretenen Schaden.

Es ist nun aber der Einwand desselben begründet, daß seine Haftung gegenüber derjenigen des Beklagten E. nur eine subsidiäre sei.

Im Anschlusse an das gemeine Recht [1]) ist aus den Bestimmungen des württ. Pfandges. A. 225, des Notariatsges. A. 67 und des Ausf.Ges. zur C.P.O. A. 18 und 33, welche zwar nur von gewissen Kategorien von Beamten sprechen, der allge-

1) Dernburg, Pand. II S. 358 Note 6 und 7.

meine Satz abzuleiten, daß der Beamte, welcher nur durch fahrlässige Außerachtlassung der ihm durch sein Amt auferlegten Pflichten einen Schaden verursacht hat, für diesen nur aushilfsweise einzustehen hat [1]).

Dem Beklagten P. fällt aber nur zur Last, daß er die ihm durch sein Amt zur Pflicht gemachte Aufsicht fahrlässig ausgeübt hat. Er kann daher erst dann belangt werden, wenn von dem in erster Linie Haftenden ein Ersatz nicht zu erlangen war.

Der Kläger hat beantragt, die Haftung des Beklagten P. im Urteil mit der bezeichneten Einschränkung festzustellen. Allein derselbe hat unterlassen, darzulegen, welches Interesse er daran habe, daß die Verpflichtung des P. alsbald und ehe sich herausgestellt hat, ob er nicht von dem Beklagten E. seine Befriedigung ganz erhalten könne, festgestellt werde.

Demgemäß war der Kläger mit der gegen den Beklagten P. erhobenen Klage — zur Zeit — abzuweisen.

VIII. Gegen die bedingte Verurteilung des Beklagten B. hat nur dieser die Berufung erhoben. Der Kläger hat sich diesem Rechtsmittel auch nicht angeschlossen. Daß dem Beklagten B. die Aufsicht über die zum Zweck des Probeschießens getroffenen Sicherungsmaßregeln nicht oblag, ergiebt sich aus dem unter VII. Ausgeführten.

Die Begründung der Entscheidung des vorigen Richters geht dahin: wenn durch Verweigerung des Eids festgestellt sei, daß B. zu P. gesagt habe, die Absperrung der Gönninger Straße sei unthunlich, so habe er sich in die Sache eingemischt und dann hafte er, weil er sich der Unzulänglichkeit der baulichen Einrichtungen bewußt gewesen, jedenfalls aber zu einer Prüfung der Angelegenheit verpflichtet gewesen sei.

Allein dieser Schluß geht zu weit. Der Ortsvorsteher ist auch zu Wahrung der Interessen des Verkehrs verpflichtet. Hat er vom Gesichtspunkt des Verkehrs aus eine in Aussicht genommene Maßregel für unthunlich erklärt, so hat er sich, wenn dies auch in amtlicher Eigenschaft geschehen ist, weder mit dem Beklagten P. beraten, welche Absperrungsmaßregeln zu

1) S. auch E.B.G.B. (zweite Lesung) § 762.

treffen seien, noch sich in die Maßregeln zur Sicherung des Publikums eingemischt. Dies wäre der Fall, wenn er die Absperrung für unnötig erklärt hätte, wenn er sie dagegen für unthunlich bezeichnet hat, so ließ er damit hinsichtlich der Frage der Notwendigkeit von Sicherungsmaßregeln dem damit befaßten Polizeibeamten freie Hand und es blieb diesem immer noch die Erwägung anheimgestellt, ob er die Absperrung nicht doch bei dem Oberamt beantragen wolle, welch' andere Maßregeln er anzuordnen, oder ob er das Schießen auf diesem Platz zu verbieten für nötig erachte.

Ebensowenig ist daraus, daß der Beklagte B. die Absperrung der Gönninger Straße für unthunlich erklärt hat, zu schließen, daß er davon ausgieng, die baulichen Sicherungen gewähren keinen absoluten Schutz, es sei daher Absperrung nötig. Nachdem einmal der Polizeiamtmann die Absperrung der Gönninger Straße angeregt hatte, konnte sich der Beklagte B. über die Unthunlichkeit der Maßregel aussprechen, ohne daß daraus, daß er sie nicht für unnötig erklärt hat, folgt, daß er sie für nötig hielt, was ihn, wenn ihm die Sicherheitspolizei abgenommen war, nichts angieng.

So hat es auch der Beklagte P. selbst angesehen, denn dieser hat sich nicht als der Sorge für die Sicherungsmaßregeln enthoben betrachtet; er hat vielmehr die Absperrung des Blosswegs angeordnet und unmittelbar vor dem Probeschießen den E. ersucht, ihm die Sicherungsmaßregeln an Ort und Stelle zu zeigen.

Hiezu kommt, daß der Beklagte P. die Absperrung der Gönninger Straße nicht deshalb unterlassen hat, weil sie der Beklagte B. für unthunlich, sondern weil sie der Beklagte E. für unnötig bezeichnet hat.

Es war daher die Klage gegen den Beklagten B. abzuweisen.

Urteil des I. Civilsenats des K. Oberlandesgerichts vom 8. Juni 1894 i. S. Elwert und Gen. g. Weckler.

21.

Haftung des Vormunds im Fall des Verzichts auf ein erstes Pfandrecht gegen Einräumung eines zweiten Pfandrechts[1]: Kausalzusammenhang zwischen Verschulden und Schaden.

Der am 14. März 1872 geborene, also volljährige Kläger hat den Beklagten, seinen gewesenen Vormund, auf Ersatz des Schadens belangt, welcher ihm nach seiner Behauptung dadurch verursacht worden ist, daß der Beklagte im Jahre 1884 auf das dem Kläger und seiner Schwester Franziska O. zur Sicherung ihres Vaterguts an dem elterlichen Wohnhaus bestellte erste Unterpfandsrecht verzichtet hat.

Dem Kläger nämlich und seiner Schwester war auf Ableben ihres am 2. September 1871 verstorbenen Vaters G. O. ein Vatergut von 4000 fl = 6857 M. 14 Pf. ausgemittelt worden. Die Witwe verehelichte sich schon am 28. Mai 1872 zum zweitenmal mit dem Bauern A. St. Bei der am 21. Juli 1872 vorgenommenen Eventualteilung des G. O. übernahm die Witwe die gesamte Liegenschaft und Fahrnis. Die Vatergutsforderung der beiden Kinder wurde von den St.'schen Eheleuten — die sich auf allgemeine Gütergemeinschaft verheirateten — am 24. Juli 1872 durch Unterpfand mit erstem Recht auf dem Wohnhaus, damals angeschlagen zu 3600 fl und einem Acker Parzelle 350 angeschlagen zu — ⁚ 600 fl sicher gestellt. A. St. starb am 3. September 1876 mit Hinterlassung eines am 28. September 1873 geborenen Sohnes J. St. Die Witwe trat am 8. Oktober 1877 in die dritte Ehe mit dem Bauern M. R., wiederum auf allgemeine Gütergemeinschaft. M. R. nahm im Jahre 1884 bei der Oberamtssparkasse Ulm ein Darlehen von 8000 M. gegen Pfandsicherheit auf. Um nun zu ermöglichen, daß dieses Anlehen auf erste Hypothek sicher gestellt werde, hat als Pfleger der O.'schen Kinder der Beklagte am 3. März 1884 unter Zustimmung des Gemeinderats als

1) Vgl. oben S. 14 und die dortigen Citate.

der Vormundschaftsbehörde seine Einwilligung dazu gegeben, daß das erste Pfandrecht der Kinder auf dem Wohnhaus gelöscht, der Oberamtssparkasse das Unterpfand mit erstem Recht auf dem Wohnhaus und 3 Feldgrundstücken bestellt und dagegen den Kindern das Unterpfandsrecht zweiten Ranges auf dem Wohnhaus und den gleichen 3 Feldgrundstücken, unter Beibehaltung des ersten Pfandrechts auf dem Acker Nr. 350 im Unterpfandsbuch eingetragen werde. Bei der so am 3. März 1884 vollzogenen Pfandbestellung war das Wohnhaus zu 8500 M., jene 3 Grundstücke zusammen zu 10000 M., der Acker P. 350 zu 1000 M. angeschlagen, wornach der Gemeinderat, unter Abzug des 1½fachen Betrags der Vorpfandschuld für die Kinder eine Pfandsicherheit von —:· 7500 M. berechnete. Gegen die Eheleute R. wurde am 29. April 1887 das Konkursverfahren eröffnet. Der Konkursverwalter hatte noch in seinem Inventar vom 27. Mai 1887 die vorhandene Liegenschaft zu 42,775 M. angeschlagen (wobei indes nur wenige Grundstücke speziell taxiert, im übrigen die Liegenschaft insgesamt zum Wert von 40000 M. angenommen war). Es zeigte sich aber bald, daß jener Anschlag bei weitem nicht werde erlöst werden können. Im Verlauf des Verfahrens wurden einzelne Grundstücke separat verkauft; die Bestrebungen, das übrige Anwesen, darunter die Pfandobjekte der Kinder als Ganzes zu einem annehmbaren Preis zu veräußern, führten dagegen zu keinem Erfolg. Nun handelte es sich darum, wie sich die Befriedigung der den Kindern zustehenden Ansprüche gestalten würden. Der Sohn der R.'schen Ehefrau aus zweiter Ehe J. St. war mit seinem Anspruch an Vater- und Großvatergut von 6306 M. 04 Pf. auf einem Teil der Liegenschaft mit e r s t e m Recht versichert und hatte also Aussicht, wenigstens zum größten Teil befriedigt zu werden; dagegen erschienen die O.'schen Kinder, welche nach dem Angeführten ein erstes Pfandrecht nur noch an der Parzelle 350, sonst aber nur eine Nachhypothek hatten, mit dem Verlust des größten Teils ihres Vaterguts bedroht. In einer Verhandlung vor dem Gemeinderat am 11. Oktober 1887 kamen jene Verhältnisse und der letztere „fatale Umstand" zur Erörterung und

einigten sich nun der Pfleger der O.'schen Kinder (der Beklagte) mit dem Vormund des J. St. unter Genehmigung der Vormundschaftsbehörde dahin, daß der den beiden Pflegschaften drohende Verlust von beiden nach Verhältnis ihrer Forderungen gleichmäßig getragen werde. — Nach weiteren ergebnislosen Versuchen, das restliche Hofgut preiswürdig zu verkaufen, wurde dasselbe seitens des Konkursverwalters im Frühjahr 1888 auf 9 Jahre verpachtet. Sodann machte der Konkursverwalter den Beteiligten den Vorschlag, es sollen die beiden Pflegschaften das Hofgut kaufsweise übernehmen und in den Pacht eintreten. Dieses Projekt gelangte zur Ausführung. Durch Vertrag vom 24. April 1888 verkaufte der Konkursverwalter an die Pflegschaften der O.'schen Kinder und des J. St. das gesamte noch übrige Liegenschaftsanwesen, darunter die ihnen verpfändeten Objekte um den Preis von —:· 23 400 M. Hiebei hatten die Käuferinnen auf Anrechnung am Kaufpreis die sämtlichen bisher noch nicht getilgten Pfandschulden im Gesamtbetrag von —:· 19 315 M. 04 Pf. auszubezahlen, für eine nicht verpfändete Parzelle waren 100 M. angesetzt; der Rest wurde auf die Ansprüche der beiden Pflegschaften verrechnet, —:· 1957 M. auf die Forderung des J. St., —:· 2127 M. 96 Pf. auf die der O.'schen Kinder.

Bei der Schlußverteilung entfiel auf die Ansprüche der beiden Pflegschaften mit zusammen —:· **13 163 M. 18 Pf.**
nach Abzug von durch die Pfandmasse (also vermöge Absonderungsrechts) bezogenen . . . . . . —:· **4 730 M. 40 Pf.**
aus der Konkursmasse noch der Betrag von . . . . —:· **425 M. 94 Pf.**
während sie mit der Restforderung von . . . . —:· **8 006 M. 84 Pf.**
durchfielen.

Entsprechend dem durch die Vereinbarung vom 11. Oktober 1887 festgesetzten Verhältnisse traf es an dem Verlust die O.'sche Pflegschaft —:· 4 171 M. 03 Pf. Und die ihn betreffende

Hälfte mit —:· 2 085 M. 51 Pf. verlangt nunmehr der Kläger von dem Beklagten ersetzt.

Das im Konkurs übernommene Anwesen haben die O.'schen und St.'schen Kinder im Oktober 1889 um den Preis von —:· 21 400 M. wieder verkauft.

In zweiter Instanz ist Beklagter zur Bezahlung von 1000 M. verurteilt worden.

Gründe:

1. Die erste Frage ist, ob den Beklagten bei der zum Klagegrund gemachten Handlung, dem Verzicht auf das erste Unterpfandsrecht der Mündel an dem Wohnhaus, ein ihm zurechenbares Verschulden trifft. Der vorige Richter ist hierauf nicht eingegangen indem er die Klage schon aus dem Grund abgewiesen hat weil es an der Begründung eines ursächlichen Zusammenhangs zwischen dem Vermögensverluste des Klägers und der Handlung des Beklagten fehle. Dieser letzteren Entscheidung konnte, wie zu zeigen sein wird, nicht beigetreten werden; jene Frage nach einem Verschulden des Beklagten aber war zu bejahen.

Als Vormund haftete der Beklagte für sogenannte konkrete Schuld; nämlich an sich für jedes Verschulden, so jedoch, daß er bei einem Versehen, welches nur als ein leichtes anzusehen wäre, von der Verantwortung dann befreit ist, wenn er beweist, daß er in eigenen Angelegenheiten auch nicht sorgfältiger zu sein pflege. Hiebei wird derselbe wegen eines ihm zur Last fallenden Versehens dadurch nicht exkulpiert wenn die Vormundschaftsbehörde die betreffende Handlung genehmigt hat [1]).

Was die Beweislast im übrigen anlangt so ist zwar hier, wo es sich nicht um Rechnungslegnng oder Herausgabe des verwalteten Vermögens sondern um die Ersatzpflicht wegen eines bestimmten einzelnen Geschäftes aus der längst beendeten Verwaltung handelt, an sich der Kläger beweispflichtig für das behauptete Verschulden des Beklagten. Wofern aber der fragliche Rechtsakt sich von vornherein als Verletzung einer gesetzlichen Vorschrift darstellt, so ist die Annahme eines Verschuldens be-

1) Vgl. Lang, Pers.R. § 101 S. 610 Note 2, § 103 S. 637 Note 2 d, e. Jahrb. der W. Rechtspflege Bd. V S. 22, VI S. 32 f.

gründet insolange nicht etwa besondere Umstände für die Rechtfertigung der Handlung dargethan sind.

Gesetzlich untersagt ist dem Vormund insbesondere jede Liberalitätshandlung auf Kosten des Mündels, falls sie nicht durch eine sittliche oder Anstandspflicht erfordert wird. Als eine hienach unstatthafte Freigebigkeit wäre auch der Verzicht auf ein Pfandrecht dann anzusehen, wenn und soweit das Aufgeben der bisherigen Sicherheit ohne entsprechendes Entgelt, ohne Ersatz erfolgt. In dem Falle freilich wo, wie vorliegend, nicht schlechthin auf ein Pfandrecht verzichtet, sondern der aufgegebenen Pfandsicherheit eine anderweitige substituiert wird, liegt eine Liberalität dann nicht vor, wenn die eingetauschte Sicherheit eine gleichwertige ist. Aber auch ein solches Geschäft, ein Pfandsurrogierungsvertrag, enthält jedenfalls eine Veräußerung von Mündelvermögen, welche der Vormund nicht vornehmen darf, sofern dadurch das Interesse der Pfleglinge geschädigt oder gefährdet wird. Letzteres ist aber bei einem Rücktritt der Pflegschaft von einem besseren in ein nachgehendes Unterpfandsrecht regelmäßig der Fall.

Eine Nachhypothek bietet naturgemäß die gleiche Sicherheit nicht wie ein erstes Unterpfand; während dieses das unbeschränkte Befriedigungsrecht aus dem ganzen Pfandobjekt gewährt, ist das Nachpfandrecht auf den noch übrig bleibenden, nicht durch das Vorpfand absorbierten Pfandwert beschränkt und einer Wertsverminderung des Objektes in viel weitergehendem Maße ausgesetzt. Um so mehr ist der Rücktritt in ein schlechteres Pfandrecht ein bedenkliches und gefährliches Geschäft je weniger im gegebenen Falle die zu Grund gelegte Schätzung der (neuen) Pfandobjekte eine zuverlässige ist. Das Gesetz — Pfandgesetz Art. 185 — schreibt für den Fall der Bestellung eines nachgesetzten Unterpfands vor, daß bei Berechnung der Pfandsicherheit der 1½fache Betrag der Vorpfandschulden abzuziehen ist, und es gilt dies auch für die Versicherung von Kindesvermögen seitens des parens[1]).

1) Lang, Sachen-R. Bd. II § 169 S. 231 Note 61. Boscher's Zeitschrift Bd. 19 S. 16 f., 24 S. 207, 29 S. 136 f.

Davon, daß der genannte Betrag abzurechnen sei, sind ja vorliegend auch die Unterpfands- beziehungsweise Vormundschaftsbehörde und der Beklagte selbst, wenn er anders die Sache näher geprüft hat, ausgegangen. Der Pfleger hatte aber darnach zu sehen, ob das substituierte Pfandrecht, nicht bloß die gesetzliche Sicherheit, sondern auch, ob sie im Vergleich mit der *bisherigen* Pfandsicherheit, von welcher er andernfalls nichts aufgeben durfte, eine gleich genügende Garantie gewährte.

Der Berufungsbeklagte macht nun geltend, es sei durch Aufgeben der ersten Hypothek auf dem Hause unter gleichzeitiger Bestellung einer Nachhypothek auf drei weiteren Feldgrundstücken die Pfandsicherheit sogar eine bessere geworden: bei der neuen Sicherheit habe der Erlös aus den Unterpfändern um beinahe 5000 M. hinter dem Anschlag zurückbleiben dürfen, während bei der alten den Kindern schon bei einem Minderwert von 450 M. an ein Verlust gedroht habe. Aber so darf und durfte der Beklagte nicht rechnen. Einmal ist hiebei außer Acht gelassen, daß der Anschlag des Wohnhauses allein um —:· 2329 M. gegenüber dem früheren Pfandanschlag erhöht war, welcher Erhöhung eine reelle Wertsteigerung nicht entsprach. Erfahrungsgemäß sodann steigert sich der Verlust bei einer erheblichen Wertsverminderung für ein Nachpfandrecht in ganz anderer Progression als für ein erstes Pfandrecht; und in um so größerem Verhältnis, je höher die vorgehende Pfandschuld ist. Diese Bedeutung des Rangverhältnisses der Pfandrechte ist, dem praktischen Erfolg nach, auch dem Laien verständlich und bekannt. Und auch das ist allgemein namentlich in bäuerlichen Kreisen bekannt, daß der Erlös bei einem Zwangsverkauf von Liegenschaften nach den Erfahrungen der letzten Jahrzehnte meist sehr bedeutend, oft um mehr als die Hälfte hinter dem Ergebnis eines freihändigen Verkaufs und den hierauf bemessenen Pfandanschlägen zurückbleibt; gerade aber ein Zwangsverkauf ist bei der Versicherung von Mündelvermögen mit in Rechnung zu nehmen. Ein Anwachsen durch *Zins*rückstände war vorliegend freilich nicht bei dem Vatergutsanspruch der Kinder, wohl aber bei der Vorpfandschuld in Rechnung zu ziehen.

Das von dem Berufungsbeklagten weiter geltend gemachte Moment, daß bei bäuerlichen Verhältnissen ein Wohnhaus durch die Verbindung mit wertvollen Feldgrundstücken selber im Werte steige, während es für sich allein oder mit einem einzigen Acker fast unverkäuflich sei, darf hier keine Bedeutung beanspruchen. Bei einem allgemeinen Zwangsverkauf konnte, wie unten nochmals zu erörtern sein wird, die zu einem ökonomischen Ganzen (auch schon früher) verbundene Liegenschaft auch unter den früheren Verhältnissen einheitlich veräußert werden und es hätten die Kinder von einem durch die Feldgrundstücke etwa erhöhten Wert des Wohnhauses auch dann profitieren können, wenn diese Feldgrundstücke ihnen nicht mitverpfändet waren; übrigens begriff ja auch die neue Pfandsicherheit nur ein Stück des ganzen Hofgutes und nicht einmal die sämtlichen Gebäude in sich.

Obwohl also nach der Berechnung der Unterpfandsbehörde der nominelle Betrag der Pfandsicherheit die bisherige um 300 M. überstieg, war die neue Versicherung in Wirklichkeit keine bessere vielmehr eine schlechtere geworden und es mußte das Vermögen der Mündel durch diese Pfandsurrogierung gefährdet erscheinen. Der Beklagte hätte dies bei gewissenhafter Prüfung einsehen können und müssen. Zu Bedenken gegen die Neuversicherung hätte demselben namentlich auch die Erhöhung der Anschläge bei den Pfandobjekten Anlaß geben sollen. Es mußte ihm doch immerhin auffallen, daß das Wohnhaus jetzt um mehr wie 2000 M. höher angeschlagen war als früher, — ein Gebäude, welches nach der Schilderung des Beklagten drei Jahre später nahe daran gewesen sein soll, eine Ruine zu werden. Zwar hat der Berufungskläger für seine Behauptungen, die Unterpfandsbehörde habe die Anschläge absichtlich „gestreckt", um für die Kinder noch das gesetzliche Maß der Sicherheit herauszubringen, und der Beklagte habe wissen müssen, daß die Anschläge übertrieben waren, einen Nachweis nicht geführt. Aber jedenfalls war der mit den örtlichen Verhältnissen vertraute Beklagte in der Lage und verpflichtet, den Wert der dargebotenen Neuversicherung selbständig zu prüfen, und er hätte nicht das erste Pfandrecht an dem wesentlichsten Stück des Anwesens,

dem Wohnhaus, gegen eine Nachhypothek vertauschen dürfen, deren Zulänglichkeit schon damals fragwürdig erscheinen mußte.

Es hätte dieses Verfahren nur durch zwingende oder dringliche Gründe gerechtfertigt sein können, durch Umstände etwa, unter denen nach § 117 oder 118 der Hauptinstruktion zum Pfandgesetz die Verpfändung (bzw. Veräußerung) von Kindervermögen zum Besten der Eltern gestattet ist. Solche Umstände sind aber von dem Beklagten nicht dargethan und haben offenbar auch nicht vorgelegen. Es ist insbesondere lediglich kein Anhalt dafür vorhanden, daß es sich etwa darum gehandelt hätte, durch die Darlehensaufnahme bei der Oberamtssparkasse ein damals schon drohendes Zwangsvollstreckungsverfahren von den Eheleuten N. abzuwenden; und wenn auch die Behauptung des Klägers, es haben die Eheleute N. zur fraglichen Zeit noch ca. 50 Morgen unverpfändete Liegenschaft besessen, unerwiesen ist, so ist doch andrerseits vom Beklagten nicht einmal wahrscheinlich gemacht, daß ein etwa notwendig werdendes Anlehen von den genannten Eheleuten auf anderem Weg als gegen Verpfändung des Wohnhauses mit erstem Recht nicht zu erlangen war, noch auch, daß es unmöglich gewesen wäre, den Kindern wenigstens noch weitere Unterpfänder in erstem Rang zu gewähren.

Bei dieser Sachlage fällt dem Beklagten ein — zum mindesten leichtes — Verschulden zweifellos zur Last. Dafür, daß er in eigenen Angelegenheiten auch nicht mehr Sorgfalt anzuwenden pflegte, hat der Beklagte nichts Thatsächliches vorgebracht; es ist auch nicht anzunehmen, derselbe hätte in eigener Sache unter sonst gleichen Umständen ebenso leichtfertig eine erste Hypothek aufgegeben.

2. Wenn hiernach den Beklagten die civilrechtliche Verantwortlichkeit für die im Jahre 1884 eingegangene Pfandsurrogierung trifft, so ist demnächst weiter zu untersuchen, ob durch die fragliche Handlung des Beklagten dem Kläger ein Schaden, nämlich ein Verlust an seinem Vatergut verursacht worden sei und zutreffenden Falles, wie hoch sich dieser Schaden belaufe.

Thatsächlich ist, was die Existenz eines Schadens anlangt, außer Streit, daß der Kläger und dessen Schwester in dem

1887/1888 durchgeführten Konkursverfahren über das Vermögen der R'schen Eheleute an ihrer Vatergutsforderung einen Ausfall von 4171 M. 03 Pfg. erlitten haben; eine Nachforderung dieserhalb an die Mutter bzw. den Stiefvater muß nach Lage der Sache und da der Beklagte selbst das Gegentheil nicht behauptet, für völlig uneinbringlich gelten.

In Absicht nun auf einen Kausalzusammenhang zwischen dem Verlust und dem Verzicht auf das erste Unterpfandsrecht an dem Wohnhause ist die Klage schlüssig begründet worden.

Die Klagebegründung geht dahin: Der Verzicht auf das erste Unterpfandsrecht der Kinder habe für sie den Verlust eines Theils des Vatergutes zur Folge gehabt; denn wenn sie ihre ursprüngliche Pfandsicherheit behalten hätten, so wären sie für ihren Anspruch vollständig befriedigt worden; sie hätten diesfalls als erste Unterpfandsgläubiger den besonderen Verkauf des Wohnhauses und der Parzelle Nr. 350 verlangt, deren Erlös zu ihrer vollen Befriedigung hingereicht hätte, oder aber mit dem gleichen Erfolg bei einem etwaigen Gesamtverkauf des Anwesens entsprechende Repartition des Erlöses beansprucht.

Der vorige Richter ist nun von der Erwägung ausgegangen: der Ausfall, welchen die Kinder in Folge des von dem Konkursverwalter gewählten Verfahrens, den Ankauf des restlichen Anwesens durch die beiden Pflegschaften der O.'schen Kinder und des J. St. unter Uebernahme der vollen Pfandschulden zugegangen sei, könne nicht maßgebend sein für die Berechnung eines durch den Verzicht auf das erste Pfandrecht verursachten Schadens; das aber sei von dem Kläger nicht angegeben und auch nicht nachträglich festzustellen, welche Summe von dem Erlöse von 23,400 M. für den Kläger bei gesetzmäßiger Verteilung unter die Pfandgläubiger übrig geblieben wäre, bzw. welche Summe derselbe bei richtiger Verteilung des Liegenschaftserlöses unter der Voraussetzung des Fortbestehens seines alten Pfandrechts hätte erhalten müssen.

Allein der Kläger verlangt nicht Ersatz für einen Schaden, der ihm etwa durch den im Konkurs von den Pflegschaften abgeschlossenen Kaufvertrag oder durch die hiebei erfolgte Ueber=

nahme der vollen übrigen Pfandschulden erwachsen ist, sondern Ersatz des Schadens, welcher ihm durch Vereitelung seiner Befriedigung als erster Pfandgläubiger zuging. Der im Konkursverfahren bei dem thatsächlich eingehaltenen Verfahren erlittene Verlust ist nicht selbstständiger Gegenstand des Schadensersatzanspruches sondern ein Faktor für die Berechnung des Schadens, insofern als die Differenz zwischen dem, was der Kläger bei zustehendem erstem Pfandrecht erhalten hätte, und demjenigen, was er erhalten hat, den Schaden darstellt, welchen der Beklagte zu ersetzen hätte. Der Kläger ist sodann nicht genötigt, darzulegen, wie sich die Verteilung gestaltet hätte, falls auf Grund des von den Pflegschaften thatsächlich abgeschlossenen Kaufvertrages der Erlös gesetzlicher Ordnung gemäß auf die Pfandgläubiger verteilt wurde; er hat vielmehr nur dazuthun, daß er bei Belassung des ersten Pfandrechtes nach dem r e g e l m ä ß i g e n Verlauf der Dinge volle oder doch höhere als die ihm gewordene Befriedigung erlangt hätte.

Weiterhin kann der von den beiden Pflegschaften im Konkurs eingegangenen Transaktion auch nicht die Bedeutung beigelegt werden, es sei hiedurch der kausale Zusammenhang zwischen dem Verzicht auf das erste Pfandrecht und einem Schaden unterbrochen; es sei ein anderer, von dem Willen des Beklagten unabhängiger Umstand in der Art dazwischen getreten, daß dieser letztere, nicht jener Verzicht die wirkende Ursache des Verlustes wäre; oder auch: es hätte bei richtiger Behandlung der Sache der Schaden unerachtet des Pfandverzichtes vermieden werden können. Einmal ist mit Sicherheit anzunehmen, daß es, falls die O.'schen Kinder ihre frühere Pfandsicherheit behalten hätten, zu jener kaufweisen Uebernahme des Anwesens durch die beiden Pflegschaften nicht, keinenfalls zu einer solchen mit der Verpflichtung, die übrigen Pfandgläubiger ganz zu befriedigen, gekommen wäre. Denn diese von dem Konkursverwalter in Anregung gebrachte Erledigung der Angelegenheit wurde offenbar lediglich als Ausweg gewählt mit Rücksicht auf den hervorgetretenen „fatalen Umstand", daß die O.'sche Pflegschaft, weil nunmehr in nachstehendem Recht ver-

sichert, mit dem völligen Verlust ihres Anspruches bedroht war, also aus derselben Rücksicht, welche schon das am 11. Oktober 1887 zwischen den beiden Pflegschaften getroffene Abkommen auf gemeinsame Tragung des Verlustes veranlaßt hatte. Wäre die O.'sche Pflegschaft noch mit erstem Recht versichert gewesen so hätte man ohne Zweifel nicht zu den erwähnten Auskunftsmitteln gegriffen, sondern es dabei bewenden lassen, daß die Pflegschaft sich aus ihren Pfandobjekten, soweit es reichte, befriedigte. Die Verhältnisse also, welche zu der kaufsweisen Uebernahme des Anwesens den Anstoß gaben, waren eben eine Folge der in der Pfandversicherung der O.'schen Kinder seinerzeit vorgegangenen Veränderung. Sodann aber hat der Berufungskläger nicht mit Unrecht darauf hingewiesen, es sei durch die in dem Konkursverfahren seitens der Pflegschaften eingegangenen Rechtsgeschäfte der Schaden für den Kläger eher verringert als erhöht worden. Selbstverständlich war dies der Fall insoweit als mit der — in erstem Rang auf anderen Objekten versicherten — St.'schen Pflegschaft die gleichmäßige Tragung des Verlustes vereinbart worden ist; aber auch im übrigen ist es im Hinblick auf die in den Akten niedergelegten Erwägungen des Konkursverwalters und der Vormundschaftsbehörde zum wenigsten sehr wahrscheinlich, daß bei einem Verkauf des Anwesens an Dritte, bzw. gesetzmäßiger Verteilung des Erlöses die O.'sche Pflegschaft noch erheblich schlechter weggekommen wäre als dies bei dem eingeschlagenen Verfahren, und vom Standpunkt der damaligen Wertsverhältnisse aus der Fall gewesen ist. Wenn indes auch das fragliche Kaufgeschäft an sich ein für die Mündel nachteiliges gewesen sein sollte, so war dasselbe nicht eine Handlung (nur) dritter Personen sondern in erster Linie eine Handlung des Beklagten selbst, welcher in seiner Eigenschaft als Vormund den Vertrag abschloß. In Wahrheit wollte ja durch dieses Geschäft nur der Schaden abgewendet oder verringert werden, welcher den O.'schen Kindern aus der ungenügenden Versicherung drohte.

Diese schadendrohende Situation hatte eine frühere schuldhafte Handlung des Beklagten geschaffen. Gelang es dem hie-

für verantwortlichen Beklagten, durch ein neues Geschäft den Schaden abzuwenden, so kam ihm das natürlich zu gut; gelang es nicht, so blieb er unverkürzt für den ganzen ursächlich auf jene erste Handlung zurückzuführenden Schaden haftbar. Es kann unter diesen Umständen unerörtert bleiben, ob den Beklagten auch wegen des mehrgenannten Kaufvertrags ein Vorwurf treffen würde oder ob die Folgen des eingeschlagenen Verfahrens der Konkursverwalter zu verantworten hätte.

Ueberhaupt würde durch ein etwa konkurrierendes Verhalten dritter Personen weder die Verantwortlichkeit des Beklagten noch der Kausalzusammenhang mit dessen Handlung ausgeschlossen. So kann sich der Beklagte insbesondere auch darauf nicht mit Erfolg berufen, es sei der Konkurs und dessen Ergebnis und es sei die Entwertung der Pfandobjekte ganz oder teilweise durch die schlechte Wirtschaft des M. N. herbeigeführt, noch darauf, es sei die Masse durch Beiseiteschaffung von Fahrnis und strafbare Begünstigung einzelner Gläubiger von den Gemeinschuldnern verkürzt worden. Gerade übrigens gegen die Folgen einer Mißwirtschaft oder Verschleuderung seitens der Eltern, hier namentlich auch eines Stiefvaters, hätten die Kinder durch eine zureichende unterpfändliche Sicherheit, welche auch diesen Eventualitäten gegenüber Schutz zu bieten hat, sicher gestellt sein sollen.

Daß schließlich der Beklagte den späteren Verlauf, wornach die beiden Pflegschaften die übernommene Liegenschaft um 21,400 M., also mit einem weiteren Verlust von ca. 2000 M. wieder veräußert haben, nicht zu seinen Gunsten verwerten kann, bedarf nach dem Gesagten keiner weiteren Ausführung. Derjenige Schaden, auf dessen Ersatz die jetzige Klage gerichtet ist, war eingetreten mit der Verteilung der Pfand- und Konkursmasse; ob derselbe möglicherweise durch spätere Wertssteigerung des erkauften Anwesens im Besitz der beiden Pflegschaften hätte hereingebracht werden können, und weshalb der hiezu gemachte Versuch fehlschlug, erscheint hieher nicht als erheblich.

3. Was nun die Feststellung des Schadens betrifft, so ist soviel sicher, daß die O.'schen Kinder, wenn sie das erste

Unterpfandsrecht auch an dem Wohnhause behalten hätten, zu einem höheren Betrag als es der Fall war, Befriedigung erlangt haben würden. Auch hier ist von dem normalen Verlauf auszugehen. Hiernach ist zunächst nicht zu bezweifeln, daß das Wohnhaus und die Parzelle Nr. 350 auch wenn die O.'schen Kinder das erste Pfandrecht an jenem behielten, unter das im Jahre 1887 über das Vermögen der Eheleute N. eröffnete Konkursverfahren gefallen wären. Nun mag es sein, daß, wie der Berufungsbeklagte behauptet und zum Beweis verstellen will, bei einem separaten Verkauf des Hauses und der Parzelle 350 ein erheblich geringerer Preis zu erzielen gewesen wäre, als bei einer Verbindung derselben mit weiteren Feldgrundstücken, ja daß das Haus für sich allein schwer oder nicht verkäuflich gewesen wäre. Aber wenn dies richtig wäre, dann ist um so eher einzunehmen, daß man bei einem Zwangsverkauf ebenso wie bei einem freihändigen Verkauf das Haus zusammen mit dem übrigen Anwesen zur Veräußerung gebracht hätte.

Das letztere Verfahren, ein Verkauf im Ganzen, war auch im Konkurs, ob den O.'schen Kindern das erste oder das zweite Pfandrecht zustund, gesetzlich zulässig, und wofern hievon ein besseres Ergebnis als von einem Einzelverkauf zu erwarten stund, so hatte der Konkursverwalter, wenn er überhaupt seinerseits die Verwertung des unbeweglichen Vermögens betrieb (Konk.O. § 116) jenes Verfahren zu wählen, bzw. zu veranlassen. Es hätte dann eben behufs der gesetzmäßigen Verteilung des Erlöses entweder in dem einheitlichen Kaufvertrag der Kaufpreisanteil je für die einzelnen Objekte ausgeschieden [1]) oder aber der Gesamterlös nach Verhältnis der früheren Anschläge der einzelnen Liegenschaften repartiert werden müssen; wie ja auch im vorliegenden Falle die Pfandgläubiger dahin übereingekommen waren, es solle der bei dem Verkauf des Hofgutes nach Abzug der Massekosten, Masseschulden und Steuern etwa sich ergebende Ausfall nach Verhältnis der im Unterpfandsbuch für jedes Grundstück vorgetragenen Taxation getragen werden. Um einen Separatverkauf des Wohnhauses und der Parzelle 350

1) vgl. Gaupp, Nachtrag zur C.P.O. S. 74 lit. c., S. 80 I 2.

auf eine besondere Pfandklage der Kinder hin hätte es sich wohl keinenfalls gehandelt.

Im übrigen ist bei der Beschaffenheit des Falles von einer Beweiserhebung durch Zeugen oder Sachverständige, welche im wesentlichen nur hypothetische Aufstellungen und Schlußfolgerungen zum Gegenstand hätte, ein Ergebnis für die Ermittelung des Schadensbetrages nicht abzusehen; vielmehr ist es geboten, in Anwendung des § 260 der C.P.O. die Höhe des Schadens nach freier Ueberzeugung zu bemessen.

(Es wird sodann ausgeführt, daß der dem Kläger erwachsene Schaden auf 1000 M. anzuschlagen ist).

Urteil des II. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 1. November 1894 i. S. Ott gegen Hummel.

22.

Ist zur Begründung der Klage des Wechselausstellers gegen den Acceptanten vorgängige Präsentation des Wechsels zur Zahlung erforderlich?

Klägerin hat als Wechselausstellerin gegen den Beklagten als Acceptanten des Wechsels auf Zahlung geklagt; das Gericht erster Instanz hat den Antrag der Klägerin auf Versäumnisurteil gegen den Beklagten abgewiesen, weil zur Klagbegründung der Nachweis gehöre, daß der Acceptant zur Zahlung aufgefordert worden sei, die betreffenden Urkunden aber nicht mit der Klage, sondern erst mit einem Nachtrag zu derselben zugestellt worden seien. Auf Berufung der Klägerin ist dem Klagantrag gemäß (durch Versäumnisurteil) erkannt worden.

Gründe:

1. Der Satz, welchen der Unterrichter seiner Entscheidung zu Grund legt, es sei zur rechtlichen Begründung der Klage des Ausstellers eines Wechsels gegen den Acceptanten auf Bezahlung der Wechselsumme erforderlich, daß der Acceptant zur Zahlung aufgefordert worden sei, ist, soweit er den Anspruch auf die Wechselhauptsumme anlangt, als richtig nicht anzuerkennen.

Es ist allerdings in der Theorie die Ansicht nicht unvertreten, das Klagerecht des Wechselausstellers gegen den Acceptanten sei bedingt durch die vorgängige Präsentation des Wechsels zur Zahlung, d. h. die seitens des Wechselinhabers unter Vorlegung der Wechselurkunde an den Acceptanten gestellte Zahlungsaufforderung, und es sei, falls diesem Erfordernis nicht entsprochen worden, die Klage als verfrüht abzuweisen [1]). Das Gesetz selbst aber stellt dieses Erfordernis nicht auf. Der Art. 44 der Wechselordnung bestimmt, daß es zur Erhaltung des Wechselrechts gegen den Acceptanten mit Ausnahme des in Art. 43 erwähnten Falles — des domizilierten Wechsels — weder der Präsentation noch der Erhebung eines Protestes bedürfe, wie solches in Art. 99 Abs. 3 (Novelle vom 18. Mai 1864) übereinstimmend für nicht domizilierte eigene Wechsel ausgesprochen ist. Nun ist zuzugeben, daß aus dem Art. 44 der W.O., da derselbe nur die „Erhaltung" des Wechselrechts betrifft und nach dieser Richtung im Gegensatz zu dem Wechselregreßanspruch sowie dem Fall des Art. 43 die (rechtzeitige und rechtsförmliche) Präsentation und Protesterhebung für entbehrlich erklärt, sich noch nicht herleiten läßt, es bedürfe zur Begründung der Ansprüche gegen den Acceptanten einer vorherigen Zahlungsaufforderung überhaupt nicht, diese Folgerung wäre auch so allgemein nicht richtig, denn abgesehen von dem auf Sicht gestellten Wechsel, welcher nach Art. 31 Abs. 1 der W.O. erst bei der Vorzeigung fällig wird, ist die Präsentation zur Zahlung auch bei den übrigen Wechseln für den Eintritt gewisser rechtlicher Wirkungen dem Acceptanten gegenüber allerdings von Bedeutung. Aus der rechtlichen Natur des Wechselanspruchs gegen den Acceptanten und aus den sonstigen Bestimmungen des Gesetzes ergiebt sich aber folgendes:

Nach Art. 23 der W.O. wird durch die Annahme der Bezogene wechselmäßig verpflichtet, die von ihm acceptierte Summe zur Verfallzeit zu zahlen, und haftet er auch dem Aussteller aus dem Accept wechselmäßig. Die Verpflichtung des Acceptanten zu Bezahlung der Wechselsumme entsteht unmittel-

1) Hartmann, D. Wechselrecht § 154 S. 474 ff. cf. § 121 S. 364 ff.

bar aus der Annahme, ob man nun das Wechselaccept als einen Vertragsakt oder als einseitige Willenserklärung auffaßt und ob man die Bezogenen durch die Niederschrift des Acceptvermerks oder durch das Geben und Nehmen des acceptierten Wechsels obligiert werden läßt: jedenfalls ist mit der Perfektion der Annahme die Obligation des Acceptanten zu Bezahlung existent geworden.

Die Wechselforderung gegen den Acceptanten bei dem auf einen bestimmten Tag lautenden Wechsel ist aber fällig (dies cessit) mit dem Eintritt der in dem Wechsel bezeichneten Zahlungszeit. Dies erhellt aus der Bedeutung des „Verfalltages", der Zeit „zu welcher gezahlt werden soll", (W.O. Art. 4 Z. 4), aus Art. 30 Abs. 1 der W.O., wornach, wenn im Wechsel ein bestimmter Tag als Zahlungszeit bezeichnet ist, die Verfallzeit an diesem Tag eintritt — im Gegenhalt zu Art. 31 Abs. 1 W.O. — sowie auch aus Art. 77 der W.O., wonach der wechselmäßige Anspruch gegen den Acceptanten in drei Jahren vom Verfalltag des Wechsels an verjährt (vergl. Art. 100 der W.O.) Mit dem Verfalltag ist eben dieser Anspruch fällig und klagbar (activ nata).

Die Wechselschuld ist nun aber regelmäßig eine „Holschuld." Der Wechselschuldner ist nicht verpflichtet, dem Wechselgläubiger — welchen er, wenn der Wechsel auf Ordre gestellt wurde, nicht zu kennen braucht, und oft auch nicht kennt — aufzusuchen und ihm die Wechselsumme zu bringen; vielmehr hat nach Art. 36 und 91 der W.O. der Wechselinhaber sich bei dem Wechselschuldner durch Vorzeigung des Wechsels in dem Geschäftslokal, eventuell in der Wohnung des letzteren zu legitimieren und ist nach Art. 39 der W.O. der Wechselschuldner nur gegen Aushändigung des quittierten Wechsels zu zahlen verpflichtet. Daraus folgt, daß der Acceptant erst durch die — wenn auch formlose — Präsentation des Wechsels an seinem Wechseldomizil in Zahlungsverzug gesetzt wird. Denn der Satz „dies interpellat pro homine" kann hier keine Anwendung finden; der Zahlungstermin in dem Wechsel hat nur die Bedeutung, daß der Gläubiger an diesem Tag fordern darf. Wofern also der Wechselgläubiger am Verfalltag den Wechsel nicht

zur Zahlung präsentiert, liegt nicht mora solvendi auf Seiten des Schuldners, vielmehr bei Zahlungsbereitschaft des letzteren Empfangsverzug auf Seiten des Gläubigers vor. Vgl. Art. 40 W.O.

Der Acceptant ist daher, insolang der Wechsel ihm nicht zur Zahlung präsentiert worden, nicht verpflichtet, Verzugszinsen zu entrichten und wenn er auf eine ohne vorgängige Präsentation erfolgte Klagerhebung den Anspruch sofort anerkennt, so fallen ihm die Prozeßkosten nicht zur Last (Civilprozeßordnung § 89).

Daraus folgt aber nicht, daß ohne vorgängige oder im Wechselprozeß ohne urkundlich nachgewiesene Präsentation die Klage auf Zahlung der Wechselsumme als verfrüht, bzw. als im Urkundenprozeß unstatthaft abgewiesen werden müßte. Voraussetzung des Klagerechts ist bei persönlichen Ansprüchen nicht eine Rechtsverletzung durch schuldhafte Nichterfüllung oder Verzug; und so gehört auch prozessualisch zur Klagebegründung nicht ein klageveranlassendes Verhalten des Beklagten [1]).

Es kann auch nicht gesagt werden, daß der Wechselgläubiger, wenn er unter urkundlichem Nachweis seiner wechselrechtlichen Legitimation den zuvor noch nicht präsentierten Wechsel zur Zahlung einklagt, eine nach der Zeit oder an dem Ort oder in der Art nicht geschuldete Leistung verlange; er beansprucht „Einlösung" des Wechsels durch den Acceptanten; diese Verpflichtung des Beklagten besteht zu Folge des Accepts und des Eintritts der Verfallzeit; der Beklagte ist zur Erfüllung derselben zu verurteilen unbeschadet seines Rechtes, nur an seinem Domizil und nur gegen Aushändigung des quittierten Wechsels Zahlung zu leisten. Es mag dahingestellt bleiben, ob dann wenn der Beklagte im Prozeß die Einrede erhebt, daß ihm der Wechsel noch gar nicht zur Zahlung vorgelegt worden sei, eine Verurteilung schlechthin oder etwa nur eine solche zur Zahlung auf vorherige Präsentation ergehen kann; keinenfalls ist da, wo jener Einwand nicht erhoben worden ist, das Urteil auf Zahlung

1) Vgl. Gaupp, C.P.O. I § 89 S. 218 Note 6, II § 555 S. 164 Z. 1 1 a. Note 20; Stein, Urkundenprozeß § 18 S. 128—130 Note 12—17.

der Wechselsumme von der, nicht zur Klagbegründung gehörigen, Präsentation des Wechsels abhängig zu machen [1]).

So ist denn in der Theorie des Wechselrechts wie in der Rechtsprechung nunmehr fast allgemein anerkannt, daß es der vorgängigen Präsentation des Wechsels zwar bedarf, um den Acceptanten in Zahlungsverzug zu versetzen, dagegen einer solchen bzw. einer Zahlungsaufforderung nicht bedarf zur Erhebung der Klage gegen denselben auf Zahlung der Wechselsumme [2]).

Auch die Rechtsprechung des vormaligen Reichsoberhandelsgerichts und des Reichsgerichts, wornach bei auf Sicht oder nach Sicht gestellten eigenen Wechseln (bzw. Tratten) die Präsentation zur Sicht keine ausschließliche Bedingung der Fälligkeit des Wechsels sein soll, dieselbe auch durch die Klagerhebung ersetzt werden kann [3]), läßt den Standpunkt erkennen, daß eine vorgängige Präsentation oder Zahlungsaufforderung um so weniger bei der auf einen bestimmten Tag lautenden Tratte als Voraussetzung des Klagerechts gegen den Acceptanten angesehen wird. (Eine bloße Zahlungsaufforderung, ohne gleichzeitige Präsentation wäre wechselrechtlich bedeutungslos.)

2. Nach dem Ausgeführten war vorliegend zur Begründung des Anspruchs auf die Wechselsumme die Behauptung der Klägerin und ein urkundlicher Beweis dahin, daß der Beklagte vor der Klagerhebung zur Zahlung aufgefordert worden sei,

1) Vgl. Verhandlungen des XV. Deutschen Juristentags, Band 1 S. 52 ff., S. 111 ff., insbes. S. 124 ff.; S. noch Gaupp, C.P.O. zu § 664. S. 337, S. 338 Abs. 3.

2) Renaud, Lehrbuch des Wechselrechts § 85 S. 278; Kuntze in Endemann's Handbuch des Handelsrechts IV² § 74 S. 271 f. Note 6; Thöl, Wechselrecht 4. Aufl. § 81 S. 282, § 83 S. 290, § 156, S. 618 ff.; Rehbein, Wechsel-O. 4. Aufl. zu Art. 40 Note 11 und S. 156 ff.; Borchardt, Wechsel-O. 8. Aufl. Art. 40 Zusatz 483; O. Wächter, D. Wechselrecht (1883) § 69 S. 294 Note 16; Dernburg, Preuß. Privatrecht II § 273 S. 760; Seuffert, Archiv Bd. 29 Nr. 163, Bd. 42 Nr. 51, Bd. 46 Nr. 281 S. 452. — Contra neuestens ibid. Bd. 50 Nr. 198 (Wien).

3) Entsch. des R.O.H.G. V S. 314 XIV S. 31. Entsch. des R.G. VIII Nr. 17 S. 69 ff. cf. III Nr. 4 S. 6 f. (s. übrigens Lehmann, Wechselrecht § 95 S. 361 Zus. S. 590, § 133, S. 530.)

nicht erforderlich. Dieser Anspruch wird vielmehr schon durch die in der Klage vorgetragenen Thatsachen begründet und die letzteren Thatsachen werden durch die Wechselurkunden bewiesen, welche bei dem Ausbleiben des Beklagten als anerkannt zu gelten haben. C.P.O. §§ 556, 558³, 404, 208.

3. Es kann sich demnächst nur um den Anspruch auf Zinsen handeln. Nach dem Vorangeführten könnte die Klägerin, insolang die Präsentation des Wechsels zur Zahlung nicht erfolgt war, keine Verzugszinsen beanspruchen. Sie fordert aber Zinsen erst von der Klagzustellung an. In dieser Beschränkung ist ein Zinsanspruch als gerechtfertigt anzuerkennen; wenn zwar die von der Berufungsklägerin geltend gemachte Begründung, daß die Klagezustellung die Präsentation auch in Absicht auf die Rechtswirkung des Verzugs ersetze, zum mindesten für zweifelhaft zu erachten wäre [1]), so unterliegt es doch keinem Bedenken, im Einklang mit einer allgemeinen Praxis dem Wechselgläubiger Zinsen vom Tag der Klagzustellung gegen den Acceptanten an zuzusprechen, da ein Anspruch auf solche als auf Prozeßzinsen [2]) wenigstens da, wo der Beklagte nicht sofort den Hauptanspruch anerkannt hat, begründet erscheint [3]).

4. Bei dieser Sachlage bedarf es einer Entscheidung der von dem vorigen Richter verneinend beantworteten Frage, ob der (angenommene) Mangel der Klage durch die nachträgliche Vorlegung und Zustellung der Urkunde über eine am 12. Oktober 1874 erfolgte Präsentation des Wechsels zur Zahlung beseitigt worden sei, nicht mehr. Vielmehr erweist sich die — formrichtig eingelegte — Berufung schon aus den vorstehenden Erwägungen als begründet, der Urkundenprozeß als statthaft und der Klageantrag als gerechtfertigt.

Urteil des II. Civil-Senats des Oberlandesgerichts vom 17. Januar 1895 i. S. Tivoli-Brauerei gegen Schäfer.

1) S. Lehmann, a. a. O.

2) Württ. Archiv XI S. 189 ff.

3) Renaud, a. a. O. § 37 S. 132. Verh. des XV. Deutschen Juristentags S. 128, 129 cf. S. 59. Hiezu Entsch. des Reichsger. II Nr. 46 S. 176 f.

II.

Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofs.

1.

Anspruch auf Errichtung und Unterhaltung einer besonderen konfessionellen Volksschule

nach Art. 13 des Volksschulgesetzes vom 29. September 1836.

Der Sachverhalt ergiebt sich aus den Gründen:

In der Stadtgemeinde Ehingen a. D. besteht seit dem Jahre 1883 eine ständige evangelische Konfessionsschule im Sinne des Art. 14 des Volksschulgesetzes vom 29. September 1836. Die in den Vollmachtsurkunden vom 20./21. Mai und vom 14. November 1893 . . . . aufgeführten evangelischen Einwohner von Ehingen . . . . klagen gegen die Stadtgemeinde Ehingen auf die Anerkennung ihrer Verpflichtung, eine eigene evangelische Volksschule daselbst aus Mitteln der Stadtgemeinde zu errichten und zu unterhalten. Diese Klage ist unbeschadet der der Oberschulbehörde nach Art. 10 des Gesetzes vom 29. September 1836 zukommenden Befugnisse auf die Anerkennung der von der Stadtgemeinde bestrittenen vermögensrechtlichen Verpflichtung gerichtet, aus örtlichen Mitteln die Aufwendungen für die Einrichtung und Unterhaltung der konfessionellen Volksschule zu leisten, und da der Art. 13 des Gesetzes der konfessionellen Minderheit ein subjektives Recht beilegt, ergiebt sich die Zulässigkeit des Parteistreitverfahrens gegen die Gemeinde aus Art. 10 Ziff. 17 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876.

Die von der beklagten Stadtgemeinde gegen das Urteil der K. Kreisregierung in Ulm erhobene Berufung ist begründet,

weil in Ehingen die Angehörigen der evangelischen Konfession nach den von den Klägern vorgelegten Nachweisungen nicht die Zahl von sechzig Familien erreichen, welche hinsichtlich der Klageberechtigung gegen die Gemeinde den gesetzlichen Anforderungen entsprechen. Denn die Zahl derjenigen evangelischen Familien, welche nach den Worten des Art. 13 des Gesetzes vom 29. September 1836 „an dem dinglichen Gemeindeverbande teilnehmen d. h. als Grundbesitzer oder Gewerbetreibende an der ordentlichen direkten Staatssteuer des Orts mitbezahlen", beträgt nach dem Verzeichnisse Beil. 3 der Klageschrift bei weitem nicht 60, sondern nur wenig über die Hälfte.

Der Ansicht der Kreisregierung, daß den zur Grund-, Gebäude- und Gewerbesteuer veranlagten evangelischen Familien in Ehingen die eine Steuer aus Kapitalien, Dienst- und Berufseinkommen entrichtenden evangelischen Familien hinzuzuzählen seien, ist nicht beizupflichten. Ob der Art. 13 des Gesetzes vom 29. September 1836 seine Fassung auch dann erhalten hätte, wenn die seit 1820 für die Staatskasse bestehende Erhebung einer Kapital- und Besoldungssteuer zur Zeit der Erlassung des Volksschulgesetzes auch für die Gemeinden schon bestanden hätte, ist eine müßige Frage; für die Nichtberücksichtigung der Steuerleistung aus Kapitalvermögen, Dienst- und Berufseinkommen bei der durch den Art. 13 verstatteten Klageerhebung läßt sich immerhin anführen, daß die Nachhaltigkeit des Bedürfnisses einer Konfessionsschule durch die Zahl der zur Grund-, Gebäude- und Gewerbesteuer veranlagten Familien als der für die Regel seßhafteren Einwohnerschaft sicherer als durch die Zahl der mehr fluktuierenden, Kapital-, Dienst- und Berufseinkommensteuer entrichtenden Familien nachgewiesen werde. Jedenfalls ist in dem Art. 13 nicht zum Ausdruck gebracht, daß jede Art von Steuerentrichtung an die Gemeinde die Klageberechtigung verleihe, vielmehr ist der Ausdruck „an dem dinglichen Gemeindeverbande teilnehmen" durch die Worte „als Grundbesitzer oder Gewerbetreibende an der ordentlichen direkten Staatssteuer des Orts mitbezahlen" erläutert und hat auch die in den Gründen des

erstinstanzlichen Urteils hervorgehobene Aeußerung des Departementschefs des Innern von Schlayer vollständig dahin gelautet, daß am dinglichen Gemeindeverband jeder theilnehme, der „am Steuervermögen der Gemeinde, nämlich an dem Grund-, Gebäude- und Gewerbesteuervermögen“ teilnehme. Hiebei war von Anfang an unzweifelhaft, daß die bloße Bezahlung einer Wohnsteuer zur Gemeindekasse die Klageberechtigung nicht verleihe. Steht aber die deutliche Fassung des Gesetzes der Annahme entgegen, daß jeder Art von Steuerentrichtung an die Gemeinde die Klageberechtigung eingeräumt sei, so ist auch der Kreis der Klageberechtigten dadurch, daß die Besteuerungsrechte der Gemeinden durch die Gesetze vom 6. und 29. Juli 1849, jetzt durch das Gesetz vom 15. Juni 1853 auf die Kapitalien und das Dienst- und Berufseinkommen erstreckt sind, nicht erweitert worden.

Nicht haltbar ist aber auch die weitere Annahme der Kreisregierung, es sei der Art. 13 des Volksschulgesetzes vom 29. September 1836 durch die spätere Gesetzgebung dahin abgeändert, daß die Klageberechtigung den zur konfessionellen Minderheit gehörigen Ortseinwohnern als solchen zustehe. Der Art. 13 des Gesetzes vom 29. September 1836 hat zunächst durch die Bestimmung des Art. 4 des Gesetzes vom 6. Juli 1849, daß die Aufnahme in das Beisitzrecht in Zukunft nicht mehr stattfinde, keine Aenderung erlitten. Dagegen hat das Gemeindeangehörigkeitsgesetz vom 16. Juni 1885 in Art. 41 den Personen, welche das 25. Lebensjahr zurückgelegt haben, mit dem Beginn der Wirksamkeit des Gesetzes in der Gemeinde, in welcher sie in diesem Zeitpunkte das Bürger- oder Beisitzrecht besaßen, das Bürgerrecht im Sinne des Gesetzes beigelegt, in Art. 35 aber bestimmt, daß andere als die in dem Gesetz erwähnten Berechtigungen mit dem Erwerb oder Besitz des Bürgerrechts nicht verknüpft sind. Hiedurch ist allerdings der Art. 13 des Gesetzes vom 29. September 1836 abgeändert worden, aber nicht in der klägerischer Seits behaupteten Weise. Thatsächlich sind nicht die in der Gemeinde wohnenden Bürger einerseits und die zur Grund-, Gebäude- und

Gewerbesteuer veranlagten Einwohner andererseits zwei geschiedene Klassen, vielmehr sind es nach den thatsächlichen Verhältnissen in den Gemeinden des Landes vornehmlich die mit Bürgerrecht angesessenen Einwohner, welche zur Grund-, Gebäude- und Gewerbesteuer veranlagt sind. Indem durch den Art. 35 des Gemeindeangehörigkeitsgesetzes das Bürgerrecht einer der in ihm bisher enthaltenen Befugnisse, nämlich der auf Art. 13 des Gesetzes vom 29. September 1836 beruhenden Klagebefugnis entkleidet wurde, sind nicht die Ortseinwohner als solche in eine Befugnis, welche bisher die Bürger als solche hatten (nunmehr aber nicht mehr haben sollten), eingesetzt worden, sondern es sind die zur Grund-, Gebäude- und Gewerbesteuer veranlagten Einwohner (Bürger und Nichtbürger), welche die konfessionelle Minderheit bilden, zu den auf Grund des Art. 13 des Gesetzes vom 29. September 1836 allein Klagberechtigten gemacht worden.

Bedeutungslos ist auch die klägerischer Seits angezogene Bestimmung des Art. 46 des Gemeindeangehörigkeitsgesetzes, wonach diejenigen Einwohner der Gemeinden, welche das Bürgerrecht nicht besitzen, nach den gleichen Grundsätzen wie die Bürger zur Benützung der öffentlichen Gemeindeanstalten berechtigt sein sollen. Von andern Gründen, welche der Bezugnahme auf diesen Art. 46 entgegenstehen, abgesehen, kann der Grundsatz der Gleichheit zwischen den zur konfessionellen Minderzahl der Einwohnerschaft gehörigen Bürgern und Nichtbürgern nicht verletzt sein, wenn, wie soeben dargelegt wurde, der Art. 35 des Gemeindeangehörigkeitsgesetzes das bisherige Vorrecht der Bürger als solcher a u f g e h o b e n hat. Die Verwaltung der Stadtgemeinde Ehingen wird den aus dem Art. 46 entspringenden Obliegenheiten gerecht, wenn sie die Kläger auf die Benützung der allgemeinen Volksschule verweist.

Urteil vom 16. Mai 1894 in der Berufungssache der Stadtgemeinde Ehingen a.D. gegen die evangelische Einwohnerschaft daselbst.

2.

Beitragspflichtigkeit zu kirchlichen Umlagen

(Gesetz vom 14. Juni 1887, betreffend die Vertretung der katholischen Pfarrgemeinden, Art. 19. 38. 49. 66. 68).

Die Gemeinde Westhausen Oberamts Ellwangen mit den sechs Teilgemeinden Jagsthausen, Frankenreute, Baiershofen mit Wagenhofen, Immenhofen, Reichenbach und Westerhofen bildet, vom letztgenannten Orte abgesehen, welcher Filial von Lauchheim ist, eine katholische Pfarrgemeinde, für welche in Westhausen ein Pfarrer Königlichen Patronats und ein Kaplan bischöflicher Kollatur angestellt sind. In der Pfarrgemeinde befinden sich zwei Kirchen, eine zu St. Mauritius in Westhausen, von dem Deutschorden, Kommende Kapfenburg, im Jahre 1788 neu erbaut, die andere zu St. Stephanus für Jagsthausen nebst Baiershofen und Frankenreute bestimmte in Jagsthausen. Die subsidiäre Baulast an der Kirche in Westhausen nebst Umfassungsmauern, Thurm, Glocken und Inbau lag dem Deutschorden, der auch Großbezimator in Westhausen war, ob, gieng mit dem Vermögen desselben auf Württemberg über und wurde von der K. Staatsfinanzverwaltung laut Ablösungsurkunde vom 31. März/31. Juli 1868 als Komplexlast gegenüber der katholischen Pfarrgemeinde („Kirchengemeinde") Westhausen, und zwar nach den Notizen zur Lastendarstellung vom 21. Juli 1865 einschließlich der Orte Jagsthausen, Baiershofen und Frankenreute zur Ablösung gebracht, so daß dieser Pfarrgemeinde (Pfarr-St. Mauritiuspflege), welche schon zuvor die prinzipale Baulast an der Kirche und die Kultkosten zu tragen hatte, die gesamte Baulast an der Kirche obliegt.

Andererseits wurde auch die prinzipale Baulast an der Kirche in Jagsthausen nebst Thurm, Kirchhofmauer, Inbau und Glocken von der K. Staatsfinanzverwaltung als Besitznachfolgerin des zur Reformationszeit säkularisierten vormaligen Cistercienser-Klosters Königsbronn im Oberamt Heidenheim laut Ablösungsurkunde vom 22./31. Juli 1868 gegenüber der

Kirchengemeinde (Teil-Stiftungsrat und Bürgerausschuß) Jagsthausen einschließlich der Orte Baiershofen mit Wagenhofen und Frankenreute abgelöst und es wird indessen die Baulast an dieser Kirche von der Kirchenpflege in Jagsthausen teilweise mittelst Umlagen auf die zu den genannten Orten gehörigen Parochianen getragen; zu Kirchenbaufrohnen sind nach der Ablösungsurkunde die Parochianen nicht verpflichtet.

Nach der Feststellung des gemeinschaftlichen Oberamts Ellwangen vom 10. Oktober 1866 wegen Ablösung der Kirchenbaulast in Westhausen hatte die prinzipal baupflichtige Pfarrkirchen- (St. Mauritius-) Pflege nach 18jährigem Durchschnitt ein Defizit, hienach keine verfügbaren Mittel zur Tragung der Kirchenbaulast und es wurde deshalb das Ablösungskapital für die subsidiäre Baulast wie für eine prinzipale berechnet. In Folge der Uebernahme der Baulast nach erfolgter Ablösung auf die katholische Kirchengemeinde (St. Mauritiuspflege) ergab sich ein erhebliches, auch bis in die neueste Zeit fortdauerndes Jahresdefizit derselben. Dasselbe wurde auf Grund von Beschlüssen der Stiftungskollegien auf die sämtlichen Genossen der Pfarrgemeinde Westhausen — Jagsthausen umgelegt. Die letzte zu den Akten gekommene Rechnung der St. Mauritius-Pfarrkirchenpflege pro 1. Juli 1878/31. März 1879, zufolge welcher für diese Rechnungsperiode zur Deckung des Defizits eine Umlage von 355 M. 83 Pf. erhoben worden ist, weist für die laufenden Ausgaben unter 20 Rubriken den Betrag von 1718 M. 93 Pf. aus, wovon der Baukostenaufwand auf die Kirche und den Thurm den Betrag von 865 M. 92 Pf. in Anspruch nahm. Die katholischen Angehörigen der Teilgemeinden Jagsthausen, Baiershofen und Frankenreute bezahlten anfangs ihren Umlagebetreff ohne Anstand; 1876/77 blieben einige von ihnen im Rückstand; von 1877/78 an hat von ihnen keiner mehr an den Umlagen bezahlt. Laut Protokolls des Stiftungsrats Westhausen vom 26. Februar und 18. April 1876 hatten die Parochianen von Jagsthausen erklärt, daß sie gegen das Verlangen, an den Kosten der baulichen Unterhaltung

der Kirche in Westhausen beizutragen, Protest und nötigenfalls-Prozeß erheben wollen.

Am 21. Dezember 1876 erhob Prokuratur Mosthaf namens des Stiftungsrats von Jagsthausen bei der K. Kreisregierung in Ellwangen Administrativjustizklage gegen die Gesamtgemeinde Westhausen mit dem Antrag, zu erkennen, daß die Gesamtgemeinde Westhausen nicht berechtigt sei, die Baukosten an der dortigen Kirche nach dem Steuerfuß auf die Kirchengenossen von Jagsthausen umzulegen, indem er geltend machte, daß zwar die Einwohner von Jagsthausen seit langer Zeit die Kirche in Westhausen besuchen, daß sie aber eine eigene Pfarrgemeinde bilden, eine eigene Pfarrkirche besitzen, welche sie in Folge der Ablösung selbst im Bau zu unterhalten haben. Der von dem Gemeinderat Westhausen als Vertreter der Gesamtgemeinde Westhausen aufgestellte Prozeßbevollmächtigte, Prokurator Wunderlich bestritt die Aktivlegitimation des klagenden Stiftungsrats Jagsthausen, indem nur die einzelnen beigezogenen Pfarrgenossen zur Klage legitimiert wären, wie auch die Passivlegitimation, sofern der Umlagebeschluß nicht von der gesetzlichen Vertretung der Gesamtgemeinde, sondern von dem Stiftungsrat als Vertreter der Pfarrgemeinde gefaßt worden sei; zur Sache behauptete er, daß die Einwohner von Jagsthausen seit langer Zeit die Kirche in Westhausen besuchen und daß sie von der zuständigen Behörde dahin eingepfarrt worden seien. Am 22. Juli 1878 ersuchte die K. Kreisregierung den K. katholischen Kirchenrat um Mitteilung seiner Akten über die Zuteilung der Kirchengenossen von Jagsthausen zu der Kirche in Westhausen und um eine Aeußerung über die Frage, welche Bedeutung diese Zuteilung für die Selbständigkeit der Kirche in Jagsthausen gehabt habe, worauf der katholische Kirchenrat in seiner Note vom 2. August 1878 erwiderte, daß eine formelle Zuteilung der Kirchengenossen zu Jagsthausen zu der Kirche von Westhausen nie stattgefunden habe und daher Akten über diese Zuteilung nicht übermittelt werden können, und seine Ansicht über die rechtliche Bedeutung des dermaligen Verhältnisses, wie sich dasselbe im Verlauf der Zeit thatsächlich ent-

wickelt habe, dahin aussprach, daß, wenn es auch an einem formellen Innovationsakt gebreche, ihm nunmehr eine sogenannte unio per subjectionem vorzuliegen scheine; das Einkommen der früheren Pfarrei Jagsthausen sei demjenigen der Pfarrstelle Westhausen einverleibt, die Filialgemeinde habe aber ihre eigene Kirche und den Anspruch auf eine wöchentliche Werktagsmesse, die Versehung der Kasualien in derselben und der Beerdigungen am Ort, und sobald ein Vikar aufgestellt werden könne, auf die Abhaltung des sonn- und festtägigen Gottesdienstes in der eigenen Kirche ganz in der früheren hergebrachten Weise. In der mündlichen Verhandlung vom 30. Oktober 1878 erklärte der klägerische Anwalt, die Klage nur gegen die Teilgemeinden Westhausen, Reichenbach und Immenhofen richten zu wollen und zog er, nachdem die K. Kreisregierung durch Vorbescheid dies für eine unzulässige Klageänderung erklärt hatte, die Klage zurück.

Indessen unterblieb die Bezahlung des von dem Stiftungsrat in Westhausen von den Pfarrgenossen in Jagsthausen geforderten Umlagebetreffs. In einer Versammlung der katholischen Kirchengenossen von Westhausen, Reichenbach, Immenhofen, sowie Jagsthausen, Baiershofen und Frankenreute vom 31. März/2. April 1883, zu welcher sämtliche Parochianen geladen worden waren und die Mehrheit derselben erschienen war, wurde im Hinblick darauf, daß seit der Ablösung der Baulast an der Kirche in Westhausen das Vermögen der Pfarrkirchenpflege St. Mauritius nicht hinreiche, um die Kosten des Kultus und der Unterhaltung der inneren Einrichtung und des Kirchengebäudes selbst zu bestreiten, beschlossen (während bisher die bezüglichen Beschlüsse betreffs der Umlagen durch den Stiftungsrat gefaßt worden seien) für die Zukunft, zunächst übrigens nur zur Feststellung der Umlagen und der in Aussicht stehenden Rechtsstreitigkeiten bezüglich der Verweigerung der Umlagen seitens der Parochianen von Baiershofen, Jagsthausen und Frankenreute den Stiftungsrat und Bürgerausschuß der Pfarrgemeinde zu bevollmächtigen und alles, was bisher von diesem Stiftungsrat und Bürgerausschuß in Sachen der

Kirchengemeinde verhandelt, beschlossen und angeordnet worden sei, ausdrücklich zu genehmigen mit dem Vorbehalte, daß über allenfalls künftig eintretende weitere wichtigere Fälle stets die Gesamtheit der Kirchengemeinde wieder zu hören sei. Diese Beschlüsse wurden jedoch nur von den Parochianen in Westhausen, Reichenbach und Immenhofen unterzeichnet; dagegen erklärten diejenigen von Jagsthausen, Baiershofen und Frankenreute mit Wagenhofen: sie gehören im eigentlichen Sinn nicht zur Kirchengemeinde Westhausen, sondern seien eine eigene Kirchengemeinde; es berühre sie deshalb die vorliegende Frage in keiner Weise, da sie schon eine eigene Vertretung haben. Da die Angehörigen von Jagsthausen, Baiershofen und Frankenreute fortfuhren, die Bezahlung der auf sie verteilten Umlagen zu bestreiten, wurde ihnen am 4. Februar 1888 vom Schultheißenamt Westhausen ein Zahlungsbefehl erteilt, worauf sie ihre Verbindlichkeit bestritten.

In Ausführung des Gesetzes vom 14. Juni 1887, betreffend die Vertretung der katholischen Pfarrgemeinden, wurde zufolge der Kultministerialverfügung vom 29. März 1889 § 1 je ein Kirchenstiftungsrat für Westhausen und für Jagsthausen gebildet. In Westhausen war der neue Kirchenstiftungsrat jedenfalls anfangs November 1889 bestellt. Die von dem Stiftungsrat gefertigte Darstellung der für die Ausscheidung des Ortskirchenvermögens der St. Mauritius-Pfarrkirchenpflege in Westhausen maßgebenden Verhältnisse d. d. Oktober 1888/Mai 1889 nebst der Erklärung des Stiftungsrats d. d. 28 September 1889 bzw. 28. März 1891, daß die Verwaltung eine reine Kirchenpflege sei und gegen den Uebergang der Verwaltung an den neuen Kirchenstiftungsrat nichts eingewendet, vielmehr der Antrag auf Uebergang alles vorhandenen Vermögens gestellt werde, wurde von dem gemeinschaftlichen Oberamt mit Erlaß vom 1. April 1891 dem neuen Kirchenstiftungsrat zur Aeußerung zugefertigt, welcher am 20. desselben Monats seine zustimmende Erklärung abgegeben hat. Dieser Uebergang wurde vom bischöflichen Ordinariat am 28. August 1891 und von der Kreisregierung am 8. September 1891 genehmigt und laut Protokolls des Stiftungsrats, Gemeinderats, Bürgerausschusses und

Kirchenstiftungsrats Westhausen vom 7. Januar 1892 an diesem Tage vollzogen.

In Jagsthausen war die Ausscheidung des Kirchenvermögens und dessen Uebergabe an den dortigen Kirchenstiftungsrat schon am 3. November vollzogen worden. In zweiter Instanz ist noch erhoben worden, daß der Kirchenstiftungsrat der Teilpfarrgemeinde bezüglich der Ausübung der übrigen in dem Kirchengesetz vom 14. Juni 1887 vorgesehenen Funktionen mit dem 8. August 1889, an welchem Tage die am 23. Juli 1889 gewählten Mitglieder in ihr Amt eingeführt und in Pflichten genommen worden sind, im Sinn des Art. 68 des angeführten Gesetzes in Wirksamkeit getreten war.

Am 15./19. Januar 1891 erhob Prokurator Wunderlich mit von dem Stiftungsrat und Bürgerausschuß in Westhausen ausgestellter Vollmacht namens des Kirchen-Stiftungsrats in Westhausen bei der K. Kreisregierung in Ellwangen Klage gegen 17 als Pfarrgenossen benannte Einwohner von Jagsthausen, Baiershofen und Frankenreute mit dem Antrage, zu erkennen:

daß die Beklagten als Pfarrgenossen von Westhausen schuldig seien, falls die ordentlichen und außerordentlichen laufenden Einnahmen der Kirchenkasse zur Bestreitung der kirchlichen Bedürfnisse nicht ausreichen, an den von der zuständigen Behörde angeordneten Umlagen den auf sie entfallenden Anteil zu tragen und daß sie den — seit dem Rechnungsjahre 1876/77 — bis zum 31. März 1889 auf sie entfallenden Anteil mit 846 M. 74 Pf. nebst 5% Zinsen vom 8. November 1890 an der Kirchenkasse Westhausen zu bezahlen und die Kosten des Rechtsstreits zu tragen haben.

Zur Begründung der Klage wurde angeführt: Die Baulast an der Pfarrkirche in Westhausen liege seit der am 31. März 1868 mit der Staatsfinanzverwaltung über die Ablösung der subsidiären Baulast zu Stande gekommenen Vereinbarung ausschließlich der St. Mauritiuspflege in Westhausen ob, deren Vermögen nicht hingereicht habe und nicht hinreiche, um die Kosten des Kults und der Erhaltung der inneren Einrichtung sowie des Gebäudes selbst mit seinen wesentlichen Bestandteilen

zu tragen, und es haben daher die Pfarrgenossen den Ausfall zu decken; zu den Pfarrgenossen von Westhausen gehören die als Beklagte benannten katholischen Einwohner von Jagsthausen, Baiershofen und Frankenreute.

Durch Dekret der Kreisregierung vom 20. Januar 1891 wurde dem Prokurator Wunderlich aufgegeben, die Genehmigung des Kirchen-Stiftungsrats in Westhausen zur Prozeßführung (Zivilprozeßordnung § 85) beizubringen, worauf derselbe ein Protokoll des Kirchen-Stiftungsrats vom 10. Februar 1891 vorlegte, wodurch dieser „in Sachen des Kirchenstiftungsrats in Westhausen gegen die Pfarrgenossen in Jagsthausen, Baiershofen und Frankenreute, kirchliche Umlagen betreffend, die Genehmigung zur Prozeßführung durch Prokurator Wunderlich" erteilte. Nachdem Prokurator Wunderlich am 15. März 1893 gestorben war, wurde von Rechtsanwalt Schauffler ein Auszug aus dem Protokoll des Kirchenstiftungsrats Westhausen vom 23. März 1893 vorgelegt, wonach „die dem Prozeßbevollmächtigten Wunderlich bisher ausgestellte Vollmacht auf Rechtsanwalt Schauffler übertragen" wurde, und in Folge der Auflage der Kreisregierung, eine von den Mitgliedern des Kirchen-Stiftungsrats unterzeichnete Vollmacht vorzulegen, hat Rechtsanwalt Schauffler am 26. April 1893 eine Prozeßvollmacht vorgelegt, welche als von den Mitgliedern des Kirchenstiftungsrats ihm erteilt bezeichnet, übrigens von dem Kirchenstiftungsrat Westhausen als Kollegium unterzeichnet ist.

Der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten beanstandete sowohl die klägerische Aktiv- bzw. Prozeß-Legitimation, als auch die Passivlegitimation der Beklagten. In letzterer Richtung machte er geltend, daß sich außer den als Beklagte benannten Personen noch verschiedene andere in den genannten Orten eingesessene befinden, gegen welche die Klage gleichfalls zu richten gewesen wäre, wogegen von klägerischer Seite erwidert wurde, es sei unerheblich, ob noch weitere Parochianen vorhanden seien, sofern es sich nur darum handeln könne, ob die Beklagten zu den Parochianen gehören; übrigens seien weitere eigentliche Parochianen nicht vorhanden. Daß die Beklagten regelmäßig

die Pfarrkirche in Westhausen besuchen und von dort aus pastoriert werden, gab der beklagtische Bevollmächtigte zu; er bestritt aber nach dem geschichtlichen Hergang, daß das Verhältnis beider Pfarreien als das der unio per accessionem angesehen werden könne, und behauptete, daß vielmehr eine unio aeque principalis vorliege und daß deshalb die Beklagten nicht umlagepflichtig seien. Demgemäß beantragte er die kostenfällige Abweisung der Klage.

Im Laufe des Verfahrens erster Instanz sind zahlreiche Hilfsakten beigebracht worden, aus welchen hier nur Folgendes angeführt wird:

Von etwa 1579 an ist die Pfarrei Jagsthausen nicht mehr besetzt worden. Noch im Jahre 1618, zu welcher Zeit ein Pfarrhof nicht mehr vorhanden war, sondern abgebrannt und zerstört gewesen sein soll, soll von dem Superintendenten in Königsbronn der Versuch gemacht worden sein, den evangelischen Gottesdienst in Jagsthausen einzuführen; auf Befehl des Probstes in Ellwangen, zu dessen Gebiet Jagsthausen gleichwie Westhausen zum größeren Teil gehörte, soll jedoch der von Königsbronn entsandte evangelische Prediger alsbald über die Grenze geführt worden sein. In einem Auszug aus dem Königsbronner Pfarr- und Zehntlagerbuch von 1689 ist gesagt: es werden selbige Inwohner von dem Meßpriester von Westhausen so nächst angelegen bis auf weitere Verordnung mit allen pfärrlichen Rechten versehen, dagegen seien gedachtem Meßpriester die sämtlichen sonsten einem Pfarrherrn zu besagtem Jagsthausen vermöge alten und dieses erneuerten Saal- und Lagerbuchs gebührende gewisse Zehnten nicht allein zu Jagsthausen, sondern auch in den 3 Filialiis Wagenhofen, Baiershofen und Frankenreute einzuziehen und zu genießen von dem Kloster Königsbronn eingeräumt und bishero noch etwas an Früchten jährlich dazu gereicht worden. Nach einer „Information“ des Pfarrers Kirsch, der in den Jahren 1679 bis 1711 die Pfarrstelle bekleidete, waren eines Pfarrers zu Westhausen functiones in Jagsthausen „eine wochentliche hl. Messe, der feierliche Gottesdienst Festo Patroni, Festo Dedicationis, secunda missa in Festo Nati-

vitatis, Dominica infra octavam corporis Christi cum processione, baptismus ibi administrandi etc." Sein Nachfolger war der Pfarrer Freyhardt bis 1766. Wie in den in den Jahren 1726 und 1762 begonnenen Chroniken des Schulmeisters und Meßners Happold von Jagsthausen mitgeteilt wird, „muß bei Antretung der Pfarrei zu Westhausen, anfolglichen auch zu Jagsthausen sich ein jeweiliger Pfarrer sowie in Augsburg bei dem hochfürstlichen Officio wegen Westhausen, so auch zu Stuttgart bei dem dasigen hochfürstlichen herzoglichen Consistorio sistieren, examinieren und approbieren lassen, worauf er confirmiert und mittelst Erteilung des hochfürstlich obsignierten Patents als wirklicher Pfarrer installiert wird"; „dieser Aktus soll dem Vernehmen nach erstmals bei Antretung der Pfarrei durch den jetzmaligen Herrn Pfarrer Freyhardt vollzogen worden sein, auch in Zukunft bei allen neuen Pfarrherrn unnachläßlich auf solche Weise praktiziert werden." Pfarrer Freyhardt nahm einen Kaplan für Jagsthausen an, den er alle Sonn- und Feiertage zur Besorgung eines besonderen Gottesdienstes nach Jagsthausen schickte. Durch den Reichsdeputationshauptschluß von 1803 ist der fürstlich Ellwangische Besitz an Westhausen und Jagsthausen, durch die Rheinbundsakte ist der Besitz der Deutschordenskommende Kapfenburg an Westhausen an Württemberg gelangt. Im Jahre 1807 wurden von dem Oberamtmann in Ellwangen dem kath. Kirchenrat Pfarrbeschreibungen von Westhausen und Jagsthausen vorgelegt; die erstere von dem provisor. Justizamt Lauchheim gefertigt und von Konrad Kirsch Pfarrer in Westhausen mitunterzeichnet sagt über Jagsthausen: der in Westhausen angestellte Kaplan versehe die zum Kloster Königsbronn mit Patronatrecht gehörige Pfarrei Jagsthausen excurrendo mit sonn- und festtäglichem Gottesdienst, Kindstaufen, Begräbnissen, Kopulationen und allen pfarrlichen Verrichtungen, wogegen der Pfarrer zu Westhausen zugleich als Pfarrer zu Jagsthausen die Pfarreinkünfte von dem Kloster Königsbronn beziehe und dafür den Kaplan mit Kost, warmem Zimmer und Salarium erhalten müsse; die von dem Unteramt in Lauchheim beurkundete Pfarrbeschreibung von Jagsthausen erwähnt, daß der gegenwärtige Pfarrer Kirsch zu Westhausen den 6. April

1781 nach bestandenem Examen coram consistorio in Stuttgart die Präsentation von dem Prälaten in Königsbronn erhalten habe und darauf am 24. April instituiert worden sei. Bei der Bestellung eines Excurrentvikars für Westhausen verblieb es bis zum Jahre 1818, zu welcher Zeit die Einrichtung wegen herrschenden Priestermangels aufhörte. Die Bestellung eines Excurrentvikars für Jagsthausen (die Eingangs erwähnte Kaplanei besteht für Westhausen) hat bis jetzt nicht wieder stattgefunden; die seither in Betreff der Pfarreinkünfte und der Pastoration der Einwohner von Jagsthausen, Baiershofen und Frankenreute ergangenen Anordnungen werden hier übergangen, eine solche Anordnung ist von dem bischöflichen Ordinariat noch während des Rechtsstreits erlassen worden.

Am 21. Dezember 1891 hat die K. Kreisregierung sowohl den katholischen Kirchenrat als auch das bischöfliche Ordinariat um eine Aeußerung darüber ersucht, ob die Gemeinde Jagsthausen mit Frankenreute und Baiershofen eine selbständige Pfarrei bilde oder als Filial von Westhausen zu betrachten sei; worauf der kath. Kirchenrat in seiner Erwiderung vom 28. desselben Monats auf seine in dem Vorprozesse ergangene, oben angeführte Note vom 2. August 1878 mit dem Anfügen verwiesen hat, daß in den dort dargestellten Verhältnissen seither eine Aenderung nicht eingetreten sei. Das bischöfliche Ordinariat hat in seiner Note vom 26. Februar 1892 erwidert: Eine Urkunde, welche die Einverleibung der ehemaligen Pfarrei Jagsthausen samt Baiershofen und Frankenreute in die Pfarrei Westhausen aussprechen würde, sei in der Registratur des Ordinariats unter den dort verwahrten bischöflich Augsburg'schen Archivalakten so wenig aufzufinden als Akten über Verhandlungen, welche dem bischöflichen Jurisdiktionsakt der Union vorausgegangen wären. Was aus diesen Archivalakten hervorgehe, sei in der Hauptsache in einem Erlaß an das Dekanatamt Ellwangen vom 29. Mai 1888, der durch die das Verhältnis zwischen Westhausen und Jagsthausen betreffende Anfrage des Pfarramts Westhausen veranlaßt worden sei, niedergelegt (der Erlaß erwähnt die Korrespondenz des Generalvikars Ziegler mit dem

Bischof von Augsburg aus dem Jahre 1684, das Schreiben des Pfarrers Popp an den Generalvikar Röls von 1701 und die Popp'sche Information, die Relationen des Pfarrers Kirsch und die seit 1830 bis 1877 in Betreff des Vikariatsfonds getroffenen Verfügungen). Dem bischöflichen Ordinariat scheine die Thatsache, daß in Eingaben der Pfarrer von Westhausen, Berichten des Dekans an den Bischof von Augsburg, bzw. den Generalvikar vom 17. und 18. Jahrhundert und zwar auch zu Zeiten, da die Jagsthäuser keinen regelmäßigen eigenen Gottesdienst hatten, vielmehr auf die Pfarrkirche in Westhausen ausdrücklich angewiesen waren, da und dort von einer Pfarrei oder Pfarrgemeinde Jagsthausen die Rede sei und daß Pfarrer Joh. Matthäus Memminger in Lauchen (Lauchheim) anläßlich von Differenzen „betreffend Verwendung des Opferstockserträgnisses in der Hauskapelle des Barons „von Blarrer in Wagenhofen" in einem Bericht an das bischöfliche Generalvikariat in Augsburg vom 17. Oktober 1718 als den Willen des Herrn Barons das bezeichnet habe, daß die Opfergelder zur Zierung und Reparation der Hauskapelle verwendet, „das was übrigs an Geld vorhanden wäre, aber der Mutterkirchen zu Jagsthausen, Württemberg gehörig, beigetragen werde", ein Indizium dafür zu sein, daß eine förmliche Einverleibung der ehemaligen Pfarrei Jagsthausen in die Pfarrei Westhausen d. h. eine unio subjectiva nie ausgesprochen wurde, sondern wohl mit Rücksicht auf die Nähe beider Orte, die Insuffizienz des Einkommens der Pfarrpfründe und des Kultkostenfonds in Jagsthausen und den Mangel an Geistlichen eben thatsächlich sich vollzog, per consuetudinem aufrecht erhalten und sodann bei Gelegenheit hinsichtlich einzelner Rechtsbeziehungen zwischen Westhausen und Jagsthausen von der Oberkirchenbehörde bestätigt wurde. Daß diese Einverleibung anfangs des vorigen Jahrhunderts bereits thatsächlich und mit Genehmigung der Oberkirchenbehörde vollzogen gewesen sei, dürfte namentlich aus dem Inhalt des Original-Erlasses des bischöflichen Ordinariats in Augsburg an den Dechant zu Ellwangen vom 24. März 1718 hervorgehen. Hier sei das Filialitätsverhältnis der ehemaligen

Pfarrei Jagsthausen zur Pfarrei Westhausen in wichtigen Punkten ausgesprochen und damit nach dem Erachten des Ordinariats überhaupt und allgemein anerkannt und könne das Ordinariat nichts finden, was dafür sprechen würde, daß in späterer Zeit Jagsthausen wieder seine Selbständigkeit als eigene Pfarrei sich errungen hätte. So sei Jagsthausen schon in dem Katalog der katholischen Kirchenstellen im Königreich Württemberg von 1819, in dem von 1835 und den folgenden als Filial von Westhausen aufgeführt, wie auch in den Pfründbeschreibungen und den beifolgenden die Pastoration von Jagsthausen betreffenden Akten des Ordinariats behandelt und als solches glaube das Ordinariat es auf Grund des Ausgeführten auch heute betrachten und erklären zu sollen.

Klägerischer Seits ist in erster Instanz das Gesuch gestellt worden, daß zunächst nach Maßgabe von § 276 der Zivilprozeßordnung über den Grund des Anspruchs vorab entschieden werde. Und in der mündlichen Verhandlung vor der Kreisregierung vom 17. Mai 1893 hat auf die Frage des Vorsitzenden, ob die Klage auch dahin gehe, daß erkannt werden solle, was die Beklagten zu bezahlen schuldig seien, der klägerische Anwalt erklärt, daß in diesem Prozeß bloß über den Grund der Klage entschieden werden solle. Das Gericht beschloß, sagt das Protokoll, daß über die Frage, was seitens der Beklagten zu leisten sei, zunächst nicht entschieden werden solle, sondern nur darüber, ob dieselben zur Teilnahme an den kirchlichen Umlagen überhaupt verpflichtet seien.

In ihrem Urteil vom 20. Mai 1893 erkannte die K. Kreisregierung in Ellwangen: „Die Beklagten sind schuldig anzuerkennen, daß sie als Pfarrgenossen von Westhausen verpflichtet sind, falls die ordentlichen und außerordentlichen laufenden Einnahmen der Kirchenkasse zur Bestreitung der kirchlichen Bedürfnisse nicht ausreichen, an den von der zuständigen Behörde angeordneten Umlagen der Pfarrgemeinde Westhausen den auf sie nach dem jeweiligen Umlagefuß entfallenden Anteil zu tragen; dieselben sind ferner verbunden, sämtliche Kosten des Verfahrens und die .... Urteilssportel nach Kopfteilen zu tragen.

Auf die gegen dieses Urteil von dem beklagtischen Bevoll-

mächtigten erhobene Berufung erging seitens des Verwaltungsgerichtshofs am 9. Januar 1895 folgendes Urteil:

In der Berufungssache des Müllers Xaver Schmidt von Jagsthausen, Gemeinde Westhausen und Genossen, Beklagten Berufungskläger, gegen den Gesamt-Kirchenstiftungsrat zu Westhausen namens der Gesamt-Pfarrgemeinde Westhausen, Klägerin, Berufungsbeklagte, Beitragspflichtigkeit zu kirchlichen Umlagen betreffend, erkennt unter teilweiser Abänderung des Urteils der Kgl. Kreisregierung in Ellwangen vom 20. Mai 1893 der K. Verwaltungsgerichtshof, indem er bezüglich eines Teils des Anspruchs über dessen Grund vorab entscheidet, im Uebrigen über den Anspruch vollständig entscheidet:

Die als Beklagte benannten katholischen Einwohner der Orte Jagsthausen, Frankenreute und Baiershofen mit Wagenhofen sind im Allgemeinen verpflichtet, als Angehörige der Gesamtpfarrgemeinde Westhausen zu den Umlagen beizutragen, welche wegen Unzulänglichkeit der Einnahmen der Kirchenkasse von Westhausen zur Bestreitung der kirchlichen Bedürfnisse seit dem Rechnungsjahre 1876/77 bis zu der Zeit erforderlich geworden sind, in welcher zufolge des Gesetzes vom 14. Juni 1887, betreffend die Vertretung der katholischen Pfarrgemeinden ꝛc., in der Teil-Pfarrgemeinde Jagsthausen samt Frankenreute und Baiershofen mit Wagenhofen der Teil-Kirchenstiftungsrat in Wirksamkeit getreten ist. Insoweit wird die Sache zur weiteren Verhandlung an die K. Kreisregierung zurückverwiesen.

Ein Anspruch auf Beitragspflichtigkeit zu den kirchlichen Umlagen in der Gesamt-Pfarrgemeinde Westhausen, welche seit dieser Zeit erforderlich geworden sind und, solange die gegenwärtige kirchenregimentliche Ordnung der Pastoration der Katholiken in der Teilpfarrgemeinde Jagsthausen besteht, noch werden erforderlich werden, kann nur gegen den Teil-Kirchenstiftungsrat von Jagsthausen als Vertreter der Teil-Pfarrgemeinde gerichtet werden und es wird daher die klägerische Gesamt-Pfarrgemeinde zu diesem Teil ihres Anspruchs mit der Klage abgewiesen.

Die Parteien haben die Kosten zweiter Instanz selbst zu

tragen und an der auf 68 M. festgesetzten Sportel je die Hälfte zu entrichten. Die Verfügung in Betreff der Kosten erster Instanz bleibt dem weiteren Verfahren vor der K. Kreisregierung vorbehalten.

Die Entscheidungsgründe besagen:

I. Die von den Beklagten gegen die klägerische Aktiv- bzw. Prozeßlegitimation erhobenen Einwendungen sind unbegründet. Diese Einwendungen gehen dahin, daß weder der Stiftungsrat und der Bürgerausschuß, die zunächst als Kläger aufgetreten seien, noch der jetzt bestehende Kirchen-Stiftungsrat in Westhausen, sondern nur die Kirchengenossenschaft selbst zur Prozeßführung berechtigt sei; das Rechtssubjekt sei nach dem früheren und dem jetzigen Recht die Gesamtheit der Parochianen, der frühere Stiftungsrat und der jetzige Kirchen-Stiftungsrat seien nur die Verwalter des kirchlichen Vermögens, nicht das Rechtssubjekt selbst; das frühere Rechtssubjekt sei übrigens mit der Ausscheidung des Vermögens der Kirchenpflege und der Uebergabe desselben an den Kirchenstiftungsrat untergegangen und von dem letzteren hätte nach der Vermögensübernahme eine neue Klage erhoben werden müssen.

Wie jedoch aus der Klagschrift zu ersehen ist, hat von Anfang an der Kirchen-Stiftungsrat, der zur Zeit der Klageerhebung bereits in Wirksamkeit getreten war, als Vertreter der Gesamtpfarrgemeinde Westhausen die Klage erhoben, nicht der frühere Stiftungsrat. Allerdings hat der Prokurator Wunderlich, als er die Klagschrift namens des Kirchenstiftungsrats einreichte, eine nicht von diesem, sondern von dem Stiftungsrat und Bürgerausschuß ausgestellte Vollmacht vorgelegt; auf die Aufforderung des Prozeßgerichts, die Genehmigung des Kirchen-Stiftungsrats beizubringen, hat aber Prokurator Wunderlich die von dem Kirchen-Stiftungsrat auf ihn ausgestellte Vollmacht vorgelegt und der beklagtische Anwalt selbst hat sodann seine Klagebeantwortung vom 24. Februar 1891 und seine nachfolgenden Erklärungen gegen den Kirchen-Stiftungsrat gerichtet. Auch hat der Kirchenstiftungsrat Westhausen dadurch, daß er am

23. März 1893 eine neue Prozeßvollmacht auf den Rechtsanwalt Schauffler ausstellte, das bis dahin in seinem Namen Verhandelte genehmigt. Nach Art. 19 des Gesetzes vom 14. Juni 1887, betreffend die Vertretung der katholischen Pfarrgemeinden, hat der Kirchen-Stiftungsrat die die Gesamtheit der Parochianen darstellende juristische Person der Pfarrgemeinde (Art. 1 des Gesetzes) in vermögensrechtlicher Beziehung zu vertreten. Wie aus den Motiven zu dem ersten Entwurf des Gesetzes und den Kommissionsberichten der Kammer der Abgeordneten zu diesem Entwurfe [1]) erhellt, erfolgte die Aufnahme des Art. 19, sowie des das Besteuerungsrecht regelnden Art. 38 gerade in der Absicht, die bisherigen Unzuträglichkeiten, welche für die Pfarrgemeinden daraus, daß ihre Vertretung und ihr Umlagerecht nicht geordnet waren, zu beseitigen. Es ist daher die Befugnis des Kirchen-Stiftungsrats zur prozessualen Vertretung der Pfarrgemeinden in Streitigkeiten wegen Ausübung des ihnen zustehenden Besteuerungsrechts nicht zu bezweifeln [2]).

Die Bezugnahme des beklagtischen Anwalts auf die in den Württemb. Jahrbüchern Band 5 S. 53 und in der Zeitschrift für freiwillige Gerichtsbarkeit Band 33 S. 251 veröffentlichte Entscheidung des II. Civilsenats des Oberlandesgerichts ist hinfällig, denn es ist dort, während die Befugnis des evangelischen Kirchengemeinderats zur Vertretung der juristischen Person der evangel. Kirchengemeinde in den durch das Kirchengesetz vom 14. Juni 1887 geregelten und der Kirchengemeinde zur Besorgung zugewiesenen Angelegenheiten anerkannt ist, nur ausgesprochen, daß dem Kirchengemeinderat die Vertretung der in Anspruch genommenen Kirchengemeindegenossen bezüglich ihrer persönlichen Verbindlichkeiten und Leistungen zu kirchlichen Zwecken,

1) Verh. der Kammer der Abgeordneten 1883/84, 1. Beil-Band 1. Abt S. 311, 322, 374, 2. Abt. S. 624; vgl auch die Motive zu dem Entwurf eines Gesetzes, betr. die Kirchengemeinde- und Synodalordnung für die evang Kirche in den Verhandlungen der Kammer der Abgeord. 1883/84, I. Beil-Band 1. Abt. S. 227.

2) Vgl. Landauer, Komm. zum kath. Kirchengesetz S. 46, v. Steinheil, Komm. zum evang. Kirchengesetz S. 90, Anm. 2.; Gaupp, Anhang II zum Komm. zur Zivilprozeßordnung, 2. Aufl. S. 28.

namentlich bezüglich der Frohnpflicht nicht zukomme. Da ferner nach Art. 68 des Gesetzes vom 14. Juni 1887 der Uebergang der in dem Gesetz vorgesehenen Funktionen an den Kirchenstiftungsrat im Allgemeinen mit dem Zeitpunkt, in dem er in Wirksamkeit tritt, erfolgt und nur bezüglich der Verwaltung des Ortskirchenvermögens eine Ausnahme stattfindet, der Kirchenstiftungsrat in Westhausen aber vor Ablauf des Jahres 1889 schon bestellt war, so war derselbe zur Zeit der Klageerhebung am 15. Januar 1891 das zur Vertretung der Gesamtpfarrgemeinde Westhausen in ihrer Streitsache mit den Beklagten berechtigte Organ. Mit der Ausscheidung des kirchlichen Vermögens in Westhausen und dessen Uebergang an den Kirchen-Stiftungsrat ist das bisherige Rechtssubjekt, dem der behauptete Anspruch gegen die Beklagten zustand, nicht untergegangen; es hatte nur durch die Vollziehung des Kirchengesetzes vom 14. Juni 1887 die Gesamtheit der Pfarrgenossen oder die Gesamt-Pfarrgemeinde Westhausen, der der Anspruch zustand, eine geordnete Verfassung und ein neues Organ, an das sodann auch die Verwaltung des vorhandenen Ortskirchenvermögens überging, erhalten. Jedenfalls war der gegen Ende des Jahres 1889 bestellte Kirchen-Stiftungsrat von Westhausen von Anfang an das zur gerichtlichen Geltendmachung der Beitragspflichtigkeit der Beklagten zu den von ihm selbst beschlossenen Umlagen berechtigte Organ; falls er etwa zur Einklagung der bis dahin rückständigen Leistungen, welche an die Beklagten gefordert werden, nicht in gleicher Weise von Anfang an das berechtigte Organ der Gesamt-Pfarrgemeinde gewesen wäre, ist doch die Befugnis hiezu auf ihn mit der am 7. Januar 1892 erfolgten Uebernahme des Ortskirchenvermögens übergegangen und wurde, wie bereits bemerkt, die anfängliche Prozeßführung des Stiftungsrats durch die spätere Erteilung der Prozeßvollmacht auf Rechtsanwalt Schauffler genehmigt.

II. Nach Art. 66 des Gesetzes vom 14. Juni 1887 haben, wenn in einem Streite über die kirchlichen Umlagen die Eigenschaft der Zugehörigkeit zu der Pfarrgemeinde bestritten ist, die Verwaltungsgerichte auch hierüber zu entscheiden. Nach Art. 49

ist für das Beitragsverhältnis zwischen Mutterort und Filial zu dem gemeinsamen kirchlichen Aufwand der Verteilungsfuß, wie solcher durch Vertrag oder ein diesem gleichkommendes Herkommen bestimmt ist, und in Ermanglung solcher Feststellung das Maß der Teilnahme an den kirchlichen Einrichtungen entscheidend; dieses Beitragsverhältnis wird in Ermanglung einer Vereinbarung der Kirchenstiftungsräte der beteiligten Gemeinden durch das bischöfliche Ordinariat, vorbehältlich der Anrufung des Verwaltungsgerichts (Art. 66), geordnet. Bei der Beratung dieser Bestimmung wurde für diejenigen Fälle, in welchen das Filial eine besondere Vertretung durch einen eigenen Kirchen-Stiftungsrat hat, davon ausgegangen, daß über die Notwendigkeit des gemeinsamen Aufwands und die Größe seines Betrags der Kirchenstiftungsrat der Muttergemeinde, in dem das Filial mitvertreten ist, zu befinden hat, daß aber der Beschluß darüber, wie das Filial, dessen Beitragsquote im Ganzen festgesetzt ist, diese seine Quote aufbringen will, lediglich Sache des Kirchenstiftungsrats des Filials, der einen anderen Verteilungsmaßstab für die von ihm selbst zu beschließende Umlage anzuwenden veranlaßt sein kann, ist und somit der Kirchenstiftungsrat der Muttergemeinde über den Umlagemaßstab nur für die Genossen der engeren Muttergemeinde beschließt [1]). Die Beschlüsse der zuständigen Behörde über den Maßstab der kirchlichen Umlagen (Art. 40) ist nach Art. 66 Abs. 3 nicht Gegenstand der Anfechtung vor den Verwaltungsgerichten.

III. Nach dem geschichtlichen Hergang, wie er aus dem umfangreichen Beweismaterial nach der im Thatbestand enthaltenen Darlegung ermittelt ist, ist in Uebereinstimmung mit dem bischöflichen Ordinariat und dem katholischen Kirchenrat der Verwaltungsgerichtshof der Ansicht, daß eine förmliche Einverleibung der Pfarrei Jagsthausen in die Pfarrei Westhausen per accessionem oder subjectiva nicht ausgesprochen worden ist, sondern eben thatsächlich — wohl mit Rücksicht auf die Nähe beider Orte, die Unzulänglichkeit des Einkommens

1) Vgl. Verh. der Kammer der Abgeordneten 1886/87, I. Beil-Band, 1. Abt. S. 206; Landauer, Komm. S. 95, 96.

der (auch eines Pfarrhauses entbehrenden) Pfarrpfründe und des Kultkostenfonds in Jagsthausen und den Mangel an Geistlichen — sich vollzogen hat, per consuetudinem aufrecht erhalten und sodann bei Gelegenheit hinsichtlich einzelner Rechtsbeziehungen zwischen Jagsthausen und Westhausen von der Oberkirchenbehörde bestätigt worden ist. Vom Standpunkt des katholischen Kirchenrechts ist allerdings der seit Jahrhunderten bestehende Zustand eines Unionsverhältnisses ein thatsächlicher geblieben, weil das katholische Kirchenrecht im Interesse der Erhaltung der vorhandenen kirchlichen Einrichtungen in ihrer Integrität die Union von Beneficien nur und allein durch Verfügung des Bischofs der Diözese nach vorausgegangenen vorgeschriebenen Verhandlungen, nicht durch Verjährung entstehen läßt, auch unter den vorliegenden Umständen (da namentlich bei der Besetzung der Pfarrei Westhausen samt Jagsthausen mit den Pfarrern Freyhardt und Kirsch in den Jahren 1711 und 1781 Württemberg sein Patronat an der Pfarrstelle zu Jagsthausen unbehindert noch ausübte) die Annahme, daß früher eine förmliche unio per accessionem in gesetzmäßiger Weise vollzogen worden sei, auf unvordenkliches Bestehen des vorhandenen Zustands nicht gestützt werden kann [1]). Es ist aber darum die Verpflichtung der katholischen Einwohnerschaft von Jagsthausen, Frankenreute und Baiershofen samt Wagenhofen, zur Bestreitung der Kosten der kirchlichen Bedürfnisse der Pfarrkirche in Westhausen beizutragen, nicht ausgeschlossen. Die Darlegung des Thatbestands giebt ausführlich die Verfügungen der Kirchenbehörden an, durch welche, nachdem die Pfarrei Jagsthausen längere Zeit unbesetzt geblieben war, die Pastoration der Einwohner von Jagsthausen, Frankenreute und Baiershofen geordnet worden ist. Nach dem Inhalt des Königsbronner Pfarr- und Zehntlagerbuchs von 1689 hat der Meßpriester von Westhausen (worunter nicht ein Vikar, wie der Thatbestand des unterrichterlichen Urteils annimmt, zu verstehen ist)

1) Vgl. Richter, Kirchenrecht 8. Aufl. § 179; Permaneder, kath. Kirchenrecht 3. Aufl. § 241; Hinschius, Kirchenrecht Bd. II § 104 S. 396; § 108 S. 421—430, 432, § 110 S. 456; Fößer in Vering's Arch. für kath. Kirchenrecht Bd. 21 S. 360, 388—393, auch S. 398 und 399.

die Angehörigen der Pfarrei Jagsthausen mit allen pfärrlichen Rechten versehen; zu Anfang des vorigen Jahrhunderts ist dem Pfarrer von Westhausen die Einstellung eines Exkurrentvikars für Jagsthausen auferlegt worden und solche Exkurrentvikare sind andauernd bis 1818 im Amte gewesen. Im Jahre 1831 erging im Einverständnis mit dem katholischen Kirchenrat die Anordnung des bischöflichen Ordinariats, daß die Stelle eines Exkurrentvikars, welcher sonst an Sonn- und gebotenen Feiertagen den Gottesdienst in Jagsthausen hielt, so lange, bis der Mangel an Hilfspriestern aufgehört haben werde und für die Congrua eines Vikars ein hinreichender Fond angesammelt sein werde, unbesetzt bleibe, daß aber die Angehörigen von Jagsthausen, Baiershofen und Frankenreute dem pfarrlichen Gottesdienst in Westhausen anwohnen sollen, übrigens für diejenigen unter ihnen, welche Alters oder Krankheits halber die Kirche in Westhausen nicht besuchen können, der Pfarrer zu Westhausen neben den nach Jagsthausen gestifteten Jahrtägen in Jagsthausen an einem bestimmten Werktage eine Wochenmesse zu lesen habe. In der Pfarrbeschreibung von 1883 sind die Gottesdienste und sonstigen Verrichtungen, welche dem Pfarrer von Westhausen, so lange ein Exkurrentvikar nicht bestellt ist, in Jagsthausen obliegen, in Vollständigkeit angegeben. Neuestens hat das bischöfliche Ordinariat nach vorgängigem Benehmen mit dem katholischen Kirchenrat die Verfügung getroffen, daß an den Sonn- und Feiertagen, an welchen die Abhaltung des Pfarrgottesdiensts zu Westhausen dem für Westhausen bestellten Kaplan obliegt, in Jagsthausen ein besonderer vormittägiger Gottesdienst stattfinden soll, die in dem Erlasse vom 24. Februar 1893 bezeichneten Tage ausgenommen. Als ein bloß vorübergehender provisorischer Zustand, wie der beklagtische Vertreter vorbringt, kann auch der seit dem Jahre 1818 vorhandene, im Jahre 1831 genehmigte Zustand, um den es sich zunächst in diesem Prozesse handelt, nicht bezeichnet werden. So lange die katholischen Einwohner von Jagsthausen, Baiershofen und Frankenreute kraft kirchenregimentlicher Anordnung bezüglich ihrer Pastoration der Pfarrkirche in Westhausen zugewiesen sind, haben sie auch das

Recht auf Mitbenützung dieser Kirche und ihrer Einrichtungen; wie sie einerseits nicht befugt sind, den Verband mit Westhausen zu lösen, kann ihnen andererseits auch der Besuch der dortigen Kirche von der Einwohnerschaft von Westhausen nicht verwehrt werden, und sie sind Angehörige der Gesamtpfarrgemeinde Westhausen, so lange seitens des Kirchenregiments keine Anordnung getroffen werden wird, die ihre Loslösung von derselben zur Folge hat. Als Angehörige der Gesamtpfarrgemeinde Westhausen sind sie aber auch verpflichtet, an den Lasten mitzutragen, welche aus dem ihnen zustehenden Recht auf Pastoration und Mitbenützung der kirchlichen Einrichtungen in Westhausen folgen [1]). Und wenn wegen Unzulänglichkeit der ordentlichen und außerordentlichen laufenden Einnahmen der Kirchenkasse zu Bestreitung der kirchlichen Bedürfnisse die Erhebung von Umlagen auf die Pfarrgenossen beschlossen wird, sind sie von der Beitragspflichtigkeit aus dem Grunde, daß formell eine unio per accessionem nicht ausgesprochen worden ist, nicht ausgenommen. Eine andere Frage, auf welche unten zurückzukommen ist, ist es, ob die katholischen Einwohner von Jagsthausen, Baiershofen und Frankenreute an s ä m t l i c h e n Ausgaben, welche seit der im Jahre 1868 erfolgten Baulastablösung aus der Kirchenkasse von Westhausen bestritten werden, mitzutragen haben und ob, falls diese Frage zu verneinen wäre, eine Unzulänglichkeit der laufenden Einnahmen der Kirchenkasse vorliegt, welche die Erhebung von Umlagen, welche auch die katholischen Einwohner von Jagsthausen, Baiershofen und Frankenreute betreffen, erforderlich macht, bzw. ob dieselben nicht in einem anderen Maße als die eigentlichen Parochianen von Westhausen umlagebeitragspflichtig sind.

IV. Für die Zeit, seit welcher der Kirchen-Stiftungsrat in Jagsthausen in Wirksamkeit getreten ist, ergiebt sich nun aber aus dem — wenn nicht unmittelbar, jedenfalls analog anzuwendenden — Art. 49 des Gesetzes vom 14. Juni 1887, daß ein Anspruch auf Beitragspflichtigkeit zu den kirchlichen Umlagen in der Gesamt-Pfarrgemeinde Westhausen, welche seit dieser Zeit

1) Vgl. die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs vom 21. März 1879 im Württ. Archiv Bd. 20 S. 310 ff.

erforderlich geworden sind und, solange die gegenwärtige kirchenregimentliche Ordnung der Pastoration der Katholiken in der Teil-Pfarrgemeinde Jagsthausen besteht, noch werden erforderlich werden, nur gegen den Teilkirchenstiftungsrat von Jagsthausen als Vertreter der Teil-Pfarrgemeinde gerichtet werden kann. Gegen die einzelnen Angehörigen der Teilpfarrgemeinde Jagsthausen steht der Gesamtpfarrgemeinde ein direkter Anspruch nicht zu. Für das Beitragsverhältnis zwischen der Gesamtpfarrgemeinde und der Teilpfarrgemeinde zu dem gemeinsamen kirchlichen Aufwand ist das Maß der Teilnahme an den kirchlichen Einrichtungen entscheidend und dieses Beitragsverhältnis ist durch das bischöfliche Ordinariat, vorbehältlich der Anrufung des Verwaltungsgerichts, zu ordnen. Demgemäß ist die klägerische Gesamtpfarrgemeinde, insoweit sie in der Klage Leistungen der Beklagten beansprucht, welche von ihnen, als der Kirchenstiftungsrat von Jagsthausen am 8. August 1889 in Wirksamkeit trat, noch nicht geschuldet wurden, zu diesem Teil ihres Anspruchs mit der Klage abzuweisen.

V. Dagegen ist, insoweit rückständige Leistungen der Beklagten zu den Umlagen eingeklagt sind, welche bis zu der Zeit erforderlich geworden sind, in welcher in der Teilpfarrgemeinde Jagsthausen der Teilkirchenstiftungsrat in Wirksamkeit getreten ist, die beklagtische Einwendung, daß weitere Streitgenossen, gegen welche gleichzeitig die Klage zu richten gewesen wäre, vorhanden seien, zu verwerfen. Abgesehen davon, daß weitere Personen, welche zugleich als umlagebeitragspflichtig zu belangen gewesen wären, nicht bezeichnet worden sind, läßt sich dem hier in Betracht kommenden früheren Recht nicht entnehmen, daß im Prozeßwege das streitige Rechtsverhältnis n u r einheitlich den sämtlichen Umlagepflichtigen gegenüber sollte festgestellt werden können. Auch sind diese rückständigen Leistungen Verpflichtungen der einzelnen Beklagten, in deren Person sie entstanden sind, geblieben und nicht eine Schuld der juristischen Person der Teilpfarrgemeinde Jagsthausen geworden.

Zweifelhaft ist nach der Fassung des unterrichterlichen Urteils, ob es, indem es in Anwendung des § 276 der Zivilprozeßordnung über den Grund des Anspruchs vorab entschied,

in dieser Weise auch über den Anspruch auf die vorbezeichneten rückständigen Leistungen der Beklagten entschieden hat. Der Verwaltungsgerichtshof glaubt jedoch, obwohl in den Urteilstenor das Wort „anerkennen“ eingesetzt ist, annehmen zu können, daß die K. Kreisregierung ihr über den Grund des Anspruchs vorab entscheidendes Urteil auch in Beziehung auf die rückständigen Leistungen, zumal da solche nicht bloß bis zum 31. März 1889 (dem in der Klagschrift bezeichneten Zeitpunkte) zur Zeit der Erlassung des Urteils erwachsen gewesen wären, ergehen lassen wollte.

Indem auch der Verwaltungsgerichtshof über den Grund des Anspruchs vorab entscheidet, beschränkt er sich auf den Ausspruch, daß die Beklagten im Allgemeinen verpflichtet sind, als Angehörige der Gesamtpfarrgemeinde Westhausen zu den Umlagen beizutragen, welche wegen Unzulänglichkeit der Einnahmen der Kirchenkasse von Westhausen zur Bestreitung der kirchlichen Bedürfnisse seit dem Rechnungsjahre 1876/77 bis zu der Zeit, in welcher in der Teilpfarrgemeinde Jagsthausen der Teilkirchenstiftungsrat in Wirksamkeit getreten ist, erforderlich geworden sind. Der Verwaltungsgerichtshof geht hiebei davon aus, daß es über die Frage, ob die Pfarrgenossen von Jagsthausen, Baiershofen und Frankenreute, obwohl sie im Besitz einer eigenen Kirche sind, an der Kirchenbaulast für die Pfarrkirche in Westhausen beteiligt sind, zunächst der Verhandlung zwischen den Parteien bedurfte, daß überhaupt die Frage, an welchen Kategorien von Ausgaben, welche aus der Pfarrkirchenkasse in Westhausen bestritten wurden, die Pfarrgenossen von Jagsthausen, Baiershofen und Frankenreute mitzutragen haben, eine offene ist. Der Verwaltungsgerichtshof sieht daher davon ab, die seiner Zeit zu Stande gekommenen Umlagebeschlüsse des Stiftungsrats und des Bürgerausschusses von Westhausen hinsichtlich des Betrags des durch die Umlagen zu deckenden Einnahmeausfalls als für die Höhe der Beitragspflicht der Beklagten maßgebend anzunehmen.

Andererseits erachtet es der Verwaltungsgerichtshof immerhin als angängig, über den Grund des Anspruchs vorab dahin zu entscheiden, daß die Beklagten im Allgemeinen zu den Um-

lagen beizutragen verpflichtet seien, welche wegen Unzulänglichkeit der Einnahmen der Kirchenkasse von Westhausen zur Bestreitung der kirchlichen Bedürfnisse in dem bezeichneten Zeitraum erforderlich geworden sind. Der Verwaltungsgerichtshof zieht hiebei in Betracht, daß nach der Feststellung des gemeinschaftlichen Oberamts Ellwangen vom 10. Oktober 1866 wegen Ablösung der Kirchenbaulast in Westhausen die prinzipal baupflichtige Pfarrkirchenpflege *schon bisher* nach 18jährigem Durchschnitt ein Defizit gehabt hatte und daß, was die Befugnis des Stiftungsrats und Bürgerausschusses zur Erlassung der Umlagebeschlüsse betrifft, ein etwa vom Standpunkt des früheren Rechts zu erhebendes Bedenken durch die zufolge des Protokolls vom 31. März/2. April 1883 in der Versammlung der Gesamtheit der Pfarrgemeindeangehörigen seitens der Mehrheit erteilte Genehmigung und Ermächtigung beseitigt ist.

Die Umlage scheint durch Zuschläge zur Grundsteuer erhoben worden zu sein. Ob der beklagtische Anwalt, indem er in der Berufungsschrift gegenüber der Fassung des unterrichterlichen Urteils rügt, daß klägerischer Seits der zu Anwendung gekommene Umlagefuß gar nicht angegeben worden sei, den für die Verteilung der Umlagen angewendeten Maßstab (vrgl. Art. 40 des Gesetzes vom 14. Juni 1887) mitanfechten will und ob eine nachträgliche Anfechtung dieses Verteilungsmaßstabs seitens der einzelnen Beklagten vom Standpunkt des früheren Rechts (vrgl. nunmehr Art. 66 Abs. 3 des Gesetzes vom 14. Juni 1887) zulässig wäre, läßt der Verwaltungsgerichtshof im gegenwärtigen Stande der Sache dahingestellt.

Mit der aus dem Vorstehenden sich ergebenden Abänderung des unterrichterlichen Urteils wird gemäß Art. 72 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 in Verbindung mit § 500 Ziff. 3 der Zivilprozeßordnung die Sache zur weiteren Verhandlung an die K. Kreisregierung zurückverwiesen.

VI. Unrichtig war es, daß die K. Kreisregierung die in Art. 40 Abs. 1 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 verlangte Entscheidung über die Kosten des Verfahrens der ersten Instanz nicht dahin erlassen hat, daß die Verfügung hierüber

dem weiteren Verfahren vor der K. Kreisregierung vorbehalten bleibe[1]). Es wird daher das unterrichterliche Urteil auch in dieser Richtung abgeändert. Die Entscheidung über die Kosten zweiter Instanz ergeht gemäß §§ 88 Abs. 1, 92 Abs. 1 und 95 Abs. 1 der Civilprozeßordnung.

Bei der Bemessung des Sportelansatzes, der die auf die Beklagten entfallende Hälfte den 17 Beklagten zu gleichen Teilen zuscheidet, ist davon ausgegangen, daß in Fällen der vorliegenden Art die Vorschrift des Art. 51 Abs. 4 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 die Besportelung des Streitgegenstands auch in soweit, als die Streitsache zur weiteren Verhandlung in die erste Instanz zurückgeht, nicht ausschließt.

Urteil vom 9. Januar 1895 in der Berufungssache des Xaver Schmidt von Jagsthausen u. Gen. gegen den Gesamtkirchenstiftungsrat zu Westhausen Namens der Gesamtpfarrgemeinde Westhausen.

3.

Anspruch auf Benützung öffentlicher Gewässer; die Abgrabung von Wasseradern bildet keinen Eingriff in das Benützungsrecht.

Der Sachverhalt ergiebt sich aus den Gründen:

Nach den in erster Instanz gestellten Anträgen wollen die Kläger in dem gegenwärtigen Rechtsstreit festgestellt wissen, daß die beiden Beklagten nicht berechtigt seien, der Oelmühle der Kläger das zum Betrieb derselben erforderliche Wasser, welches aus der Quelle des Ditschenthalbachs, Parzelle Nr. 2131 der Markung Gruibingen fließt, zu entziehen, und weiter soll festgestellt werden, daß die Beklagten auch nicht berechtigt seien, den Wiesen der Kläger Parzellen Nr. 2278, 2282, 2283 und 2111 auf der Markung Gruibingen das zu deren Wässerung aus der Quelle des Ditschenthalbachs herabfließende Wasser, soweit dasselbe zu einer rationellen Wässerung erforderlich ist,

1) Vgl. Gaupp, Civilprozeßordnung, 2. Aufl. Bd. I S. 211 Note 7 und S. 564 Bd. II, Nachtrag S. XII zu Bd. I S. 211.

zu entziehen. Zur Begründung dieses bei den Verwaltungsgerichten erhobenen Anspruchs haben die Kläger in der schriftlichen Klage vorgetragen, der Ditschenthalbach, welcher ihnen zum Betrieb ihrer Oelmühle und zur Bewässerung ihrer Wiesen diene, sei ein öffentliches Gewässer und es sei von ihnen zufolge der im Jahre 1767 erteilten Konzession zum Betrieb der Oelmühle, bzw. im Wege der unvordenklichen Verjährung ein besonderes Recht auf die Benützung des Ditschenthalbachs zu den genannten Zwecken erworben worden. Behufs Darlegung der äußeren zu der Klageerhebung führenden Veranlassung, sowie behufs Begründung der dem Klagegesuch gegebenen Richtung haben die Kläger in dem Klagschriftsatz vom 19. Oktober 1893 ferner ausgeführt, die Beklagten haben seit einigen Wochen begonnen, die Quelle des Ditschenthalbachs aufzugraben und ein Sammelbassin zu errichten, um eine Wasserleitung nach Gruibingen herzustellen; die Vollendung ihres Vorhabens würde den Klägern den bisherigen Wasserbezug entziehen und so den Betrieb ihrer Oelmühle, bzw. die Wässerung ihrer Wiesen unmöglich machen. Hiemit sei das rechtliche Interesse der Kläger an der alsbaldigen Feststellung ihres Rechts von selbst gegeben.

An dem vorstehend dargelegten Standpunkt haben die Kläger auch in der Berufungsinstanz festgehalten. Nach der Begründung, welche der erhobenen Klage gegeben ist, bestehen nun zwar hinsichtlich der Zuständigkeit des Verwaltungsrichters zur sachlichen Würdigung des geltend gemachten Anspruchs keinerlei Zweifel. Dagegen ist eine Feststellung im Sinne des vorgetragenen Gesuchs nicht möglich. Man kann dahin gestellt lassen, ob der Nachweis für die Eigenschaft des Ditschenthalbachs und seiner Quelle, des „kalten Brunnens", als eines öffentlichen Gewässers erbracht erscheint, es bedarf ferner keiner Untersuchung darüber, ob den Klägern auf den Grund eines Titels des öffentlichen Rechts die Berechtigung zukommt, das Wasser des Ditschenthalbachs zum Betrieb ihrer Oelmühle und zur Wässerung ihrer Wiesen zu benützen; denn auch, wenn alle diese Fragen im Sinne der Kläger zu bejahen wären, folgt hieraus noch nicht, daß ganz allgemein ausgesprochen und festgestellt werden könnte,

es seien die Beklagten, die Eigentümer des Quellgrundstücks, nicht berechtigt, den Klägern das zu ihrem Betrieb erforderliche Wasser zu entziehen. Die Kläger selbst bringen ihr Gesuch in Beziehung zu denjenigen Veranstaltungen, welche die Beklagten im Herbst 1893 getroffen haben, um von ihrem Grundstück Parzelle Nr. 2131 aus eine Wasserleitung nach dem Dorf Gruibingen zu führen. Durch diese Veranstaltungen, zufolge deren sie sich in der ferneren Ausübung ihres Wasserbenützungsrechts am Ditschenthalbach bedroht und gefährdet sehen, ist ihre Klage veranlaßt. Wie sich indessen aus dem Augenscheinsprotokoll vom 13. Februar 1894 und den von den Klägern vorgelegten Situationsplänen in Verbindung mit der insoweit unbestritten gebliebenen Aeußerung des Wasserbautechnikers Oberamtsbaumeisters Müller in Göppingen vom 28. Februar 1894 ergiebt, haben die beiden Beklagten an der Quelle des Ditschenthalbachs und an dem aus dieser Quelle entspringenden, über ihr Grundstück fließenden Wasser irgend eine Aenderung nicht vorgenommen, sie beabsichtigen eine solche auch nicht vorzunehmen. Vielmehr haben dieselben 23 Meter oberhalb der Quelle des Ditschenthalbachs auf ihrem Grundstück neuerdings nach Quellen gegraben, und ebendort eine Brunnenstube errichtet, um in derselben das von fünf verschiedenen Seiten her zufließende Wasser zu sammeln, und soweit zur Wasserversorgung von Gruibingen erforderlich, in einer besonderen Leitung dorthin abzuführen. Ob die in solcher Weise gesammelten Wasseradern zum Teil dieselben sind, durch welche bisher die Quelle des Ditschenthalbachs gespeist wurde, ist zur Zeit so wenig ermittelt, als feststeht, ob durch die Erschließung der neuen Quellen die bisherige Ergiebigkeit der Ditschenthalbachquelle gemindert ist, oder ob diese Quelle zeitweilig zum Versiegen gebracht wird. Falls aber je das Eine oder das Andere der Fall wäre, so sind die Kläger doch nicht in der Lage, auf den Grund der ihnen etwa zustehenden Sonderberechtigungen auf Benützung des Ditschenthalbachwassers die Beklagten an der Ausführung und dem Betrieb der neuen Wasserleitung zu hindern.

Nach dem gemeinen, in Württemberg geltenden Recht ist

Jeder befugt, auf seinem Grundstück Quellen zu graben, selbst, wenn er hiedurch dem Eigentümer einer andern Quelle, sei dieser Eigentümer ein Privatmann, eine Gemeinde oder der Staat, die Wasseradern abgräbt, nur darf er dies nicht bloß zum Schaden des Andern aus Neid und Chikane thun. Die unterirdischen Wasseradern, durch deren Zutagetreten die Quelle sich bildet, sind im rechtlichen Sinne nicht ein Teil der Quelle selbst und mit dieser ein Teil des durch die Quelle gebildeten Bachs; eben darum erstreckt sich die Verfügungsbeschränkung, welcher der Eigentümer des Grund und Bodens hinsichtlich einer auf demselben entspringenden öffentlichen Quelle unterliegt, nicht ohne Weiteres auf die die Quelle speisenden unterirdischen Wasseradern und es ist die fortdauernde Geltung derjenigen Aussprüche der Römischen Rechtsquellen unbestritten, welche den Grundeigentümer für befugt erklären, durch Grabungen die Wasseradern, welche dem Nachbar das Wasser zuführen, in andere Wege zu leiten[1]). Wenn daher die Beklagten zutreffenden Falls auch durch die Eigenschaft des „kalten Brunnens“ und des von demselben abfließenden Wassers als eines öffentlichen Gewässers an der Vornahme von Veranstaltungen an der Quelle selbst oder dem Bachbett gehindert wären, durch welche die Ausübung der Sonderrechte der Kläger beeinträchtigt werden könnte, so erstreckt sich diese Beschränkung doch nicht auf etwaige die Kalten-Brunnenquelle speisende Wasseradern, da dieselben nach dem geltenden Recht keinen Teil der Quelle selbst bilden. Die Beklagten machen vielmehr nur von ihrem Rechte als Grundeigentümer Gebrauch, wenn sie an einer anderen Stelle ihres Grundstücks nach neuen Quellen graben, ein hiedurch etwa bewirktes Versiegen einzelner bisher zum „kalten Brunnen“ führenden Wasseradern schließt nicht eine Rechtsverletzung der Kläger in sich, sondern be-

1) Zu vgl Hufnagel, Mitteilungen, Bd. 2 S. 32 ff.; Württ. Arch., Bd. 1 S. 257, 438, Bd. 9 S. 57, Bd. 14 S. 251 ff.; Jahrbücher für Württ. Rechtspflege, Bd. 1 S. 290 ff., 294, 295; Lang, Handbuch des Sachenrechts, 2. Aufl. Bd. I S. 165, § 27 Nr. 5; Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen, Bd. 2 S. 368 ff., Bd. 16 S. 230 ff. Bd. 27 S. 328 ff.

gründet nur eine wirtschaftliche Beeinträchtigung derselben, welche, weil ausschließlich auf einem Akte der eigenen Rechtsausübung auf Seiten der Beklagten beruhend, die letzteren den Klägern gegenüber nicht verantwortlich macht. Die rechtliche Sachlage wird auch dadurch nicht geändert, daß die unterstellte Abgrabung von Wasseradern durch die Eigentümer desselben Grundstücks erfolgt, auf welchem die angeblich beeinträchtigte Quelle und deren Abfluß sich befindet; die aus der Eigenschaft des „Kalten Brunnens" als eines öffentlichen Gewässers für die Beklagten sich etwa ergebende Beschränkung erstreckt sich zunächst nur auf den von der Quelle und ihrem Abfluß eingenommenen Raum; so wenig die Kläger zu einer Einsprache berechtigt sein würden, wenn die neuen, sie schädigenden Quellen auf einem Nachbargrundstück gegraben worden wären, so wenig können sie hiezu darum berechtigt sein, weil die Ergrabung noch auf dem Ursprungsgrundstück der älteren Quelle stattgefunden hat [1]). Aus der unterstellten Eigenschaft des Ditschenthalbachs als eines öffentlichen Gewässers läßt sich ferner auch nicht die Folge ableiten, daß die Beklagten mit der Ausübung eines aus ihrem Privateigentum entspringenden Rechts gegenüber etwaiger von den Klägern erworbenen öffentlichen Sonderrechten zurücktreten müßten [2]); denn mit der Einräumung bzw. mit dem Erwerb besonderer Nutzungsrechte an dem Wasser des Ditschenthalbachs auf Seiten Dritter war für die Besitzer der Parzelle Nr. 2131 irgend eine Beschränkung in der Ausnützung ihres Eigentums, soweit nicht die Quelle und das ihr entströmende Wasser selbst in Frage stand, nirgends gegeben; es schloß insbesondere eine Konzession zum Betrieb der Oelmühle, auch soweit sie die Benützung des Ditschenthalbachs umfaßte, noch nirgends eine derartige Beschränkung in sich, wie sie eine solche auch gar nicht enthalten konnte, da die öffentliche Gewalt nicht in der Lage war, über das abseits des öffentlichen Gewässers liegende Privateigentum an Parzelle Nr. 2131 zu verfügen; ebensowenig richten die allgemeinen im gemeinen Recht zum Schutz in der Benützung

1) Zu vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts cit. Bd. 16 S. 233, 234.
2) Zu vgl. Hufnagel, a. a. O. S. 33.

öffentlicher Gewässer gegebenen Rechtsbehelfe sich gegen eine Thätigkeit, wie sie hier in Frage steht [1]). Enthält nach dem Ausgeführten das Vorgehen der Beklagten keinen Eingriff in die besonderen den Klägern etwa zustehenden Benützungsrechte an dem Wasser des Ditschenthalbachs, so fragt sich nur noch, ob nicht etwa bei Unterstellung der Eigenschaft dieses Wassers als eines öffentlichen vom Standpunkt des öffentlichen Interesses aus der Abgrabung der Wasseradern des Ditschenthalbachs Einhalt geboten werden könnte. Zutreffenden Falls wäre es Sache der Polizeibehörde als Verwaltungsbehörde, ein solches öffentliches Interesse zu wahren. Von Seiten der Polizeibehörde aber ist im vorliegenden Fall eine Einsprache nicht erhoben worden, im Gegenteil hat das Oberamt Göppingen in dem Bericht an den Verwaltungsgerichtshof vom 31. Mai 1894 ausgeführt, wie es seiner Zeit die von den Klägern beanstandete Wasserleitung angeregt habe, und wie die erst noch nachzuweisende Beeinträchtigung der Kläger in ihrem Betrieb in gar keinem Verhältnis zu den eminenten Vorteilen stehe, welche die Wasserleitung für das abgelegene und unbemittelte Gruibingen habe, es wäre im öffentlichen Interesse sehr zu beklagen, wenn die Wasserleitung hinfällig würde. Diese Aeußerung der zuständigen Wasserpolizeibebörde thut zugleich dar, daß das Vorgehen der Beklagten nicht etwa durch Neid oder Chikane gegenüber den klagenden angeblichen Nutzungsberechtigten am Ditschenthalbach und ebensowenig durch die Absicht veranlaßt ist, den Klägern zu schaden, daß dasselbe daher auch nach dieser Seite hin zu einer Einsprache keinen begründeten Anlaß giebt. Von einem die Kläger chikanierenden, absichtlich schädigenden Verhalten der Beklagten kann um so weniger die Rede sein, als dieselben nach den gemachten Erhebungen das für ihre Wasserleitung überschüssige Wasser der Quelle des Ditschenthalbachs zuleiten.

Ist nach dem Ausgeführten neben dem etwaigen Recht der Kläger auf Benützung des Ditschenthalbachwassers ein Recht der Beklagten anzuerkennen, ihr Grundstück, selbst auf Kosten der

1) Zu vgl. l. 1 § 12 D. de fluminibus, ne quid in flumine publico etc. 43,12.

ferneren Ergiebigkeit der Kalten-Brunnenquelle zur Erschließung neuer Quellen zu benützen, so kann dem eingangs erwähnten Klaggesuch eine Folge nicht gegeben werden und es ist demgemäß das Urteil der K. Regierung für den Donaukreis, durch welches diesem Gesuch mit gewissen einschränkenden Maßgaben entsprochen wurde, abzuändern.

Urteil vom 31. Oktober 1894 in der Berufungssache zwischen Georg Adam Bög u. Gen. von Gruibingen und den Christof Hilsenbeck'schen Eheleuten von da.

4.

Rückwirkung der Novelle vom 12. März 1894 zum Unterstützungswohnsitz-Gesetz in Bezug auf die Armenmündigkeit eines Landarmen.

Der Sachverhalt ergiebt sich aus den Gründen:

Wie zwischen dem klagenden Ortsarmenverband Mainz und dem beklagten Landarmenverband für den Schwarzwaldkreis nicht bestritten ist, ist der ledige Bäcker Friedrich Sauter, Württembergischer Staatsangehöriger und in Engstlatt Oberamts Balingen heimatberechtigt, der, wie in dem am 3. September 1894 von dem Rechnungsführer des St. Rochus-Hospitals in Mainz aufgenommenen Protokolle gesagt ist, am 12. Juni, nach der Angabe der Ortsarmenbehörde zu Engstlatt am 12. Juli 1875 zu Eglisau in der Schweiz geboren ist, in der Zeit vom 3. September bis 4. Oktober 1894 in dem genannten Krankenhaus der Stadt Mainz wegen Krankheit verpflegt worden ... Aus dem Vernehmungsprotokoll ergiebt sich, daß der bei seiner Aufnahme in das Krankenhaus mittellose Friedrich Sauter seit Mai 1894 sich in Mainz aufgehalten und vom 23. Juli an einige Zeit bei einem Bäcker gearbeitet hatte, zur Zeit seiner Erkrankung aber stellenlos war. Nicht bestritten ist ferner, daß seiner Zeit die Eltern des Friedrich Sauter durch Wegzug den Unterstützungswohnsitz in Engstlatt verloren haben und die Mutter, nachdem sie in Geisteskrankheit verfallen aus der Schweiz ausgewiesen

worden war, seit mehr als 10 Jahren als landarm in Engstlatt von dem beklagten Landarmenverband unterstützt wird; über Leben und Aufenthalt des Vaters ist nach der Angabe des Friedrich Sauter seit Jahren nichts bekannt.

Von dem beklagten Landarmenverband wird die ihm angesonnene Ersatzverbindlichkeit mit Recht abgelehnt. Allerdings nimmt der Verwaltungsgerichtshof (abweichend von der anfänglich bei den württembergischen Landarmenverbänden vertretenen Auffassung; vgl. Amtsblatt des K. Ministeriums des Innern von 1894 S. 131) grundsätzlich den Standpunkt ein, daß der mit dem 1. April 1894 in Kraft getretenen Novelle zum Unterstützungswohnsitzgesetz rückwirkende Bedeutung zukommt, wovon im Hinblick auf die Rechtsprechung des Bundesamts für das Heimatwesen [1]) nicht nur der beklagte Landarmenverband, sondern auch der klagende Ortsarmenverband ausgeht. Dagegen ist der Ansicht des klagenden Ortsarmenverbands nicht beizutreten, daß Friedrich Sauter bis zur Vollendung seines zwanzigsten Lebensjahrs die Landarmeneigenschaft seines Vaters, bzw. seiner Mutter in der Weise teile, daß mit der armenrechtlichen Unterstützung, welche von dem beklagten Landarmenverband seiner Mutter, bzw. durch deren Person seinem Vater gewährt werde, die Unterstützung, die ihm selbst der klägerische Ortsarmenverband gewährte, einen armenrechtlichen Pflegefall bilde. Vielmehr ist Friedrich Sauter, als mit dem 1. April 1894 die Novelle vom 12. März 1894 in Kraft trat, da er zu dieser Zeit das achtzehnte Lebensjahr zurückgelegt hatte, aus dem armenrechtlichen Familienverbande, in dem er mit seiner Mutter, bzw. mit seinem Vater stand, ausgeschieden und die Armenunterstützung, die er in Mainz von dem klägerischen Ortsarmenverband erhielt, ist ihm, während er bereits armenrechtlich selbständig war, gereicht worden. Mit der Hinweisung auf die bei Wohlers Heft 4 S. 11 und Heft 8 S. 38 veröffentlichten Entscheidungen des Bundesamts giebt

1) Vgl. außer dem Urteil des Bundesamts vom 29. September 1894 (Nachtrag zu Heft 26 der Entscheidungen) Kelch, Reichsgesetz vom 12. März 1894 S. 112; Reger, Entscheidungen, Bd. 14 S. 408, Preußisches Verwaltungsblatt, Jahrgang 15 S. 376, 388, 400, 424, 460.

der klagende Ortsarmenverband dem § 18 des Gesetzes eine Auslegung, welche das Bundesamt längst verlassen hat. Allerdings hätte, wenn die Eltern des Friedrich Sauter am 1. April 1894 noch den Unterstützungswohnsitz in Engstlatt besessen hätten, Friedrich Sauter den folgeweise auch ihm dort zustehenden Unterstützungswohnsitz aus eigenem Recht nicht vor zurückgelegtem zwanzigsten Lebensjahre durch Abwesenheit verlieren können. Allein der vorliegende Fall ist darum wesentlich anders geartet, weil die Mutter des Friedrich Sauter, bzw. auch sein Vater, falls er noch am Leben war, zur Zeit des Inkrafttretens des Gesetzes vom 12. März 1894 landarm gewesen ist. Der Ablauf einer Frist für den Verlust des Unterstützungswohnsitzes kann daher nicht in Frage kommen, vielmehr ist Friederich Sauter durch das mit dem 1. April 1894 erfolgte Inkrafttreten des Gesetzes vom 12. März 1894 in Verbindung mit der Thatsache der Vollendung seines achtzehnten Lebensjahrs aus eigenem Recht landarm geworden und ist er daher, als im September 1894 in Mainz seine Hilfsbedürftigkeit hervortrat, nicht Landarmer des beklagten Landarmenverbands gewesen [1]).

Urteil vom 15. Mai 1895 in der Verwaltungsrechtssache zwischen dem Ortsarmenverband Mainz und dem Landarmenverband für den Schwarzwaldkreis.

5.

Die Vorschrift des § 1 Abs. 1 Ziff. 2 a des Krankenversicherungsgesetzes vom 15. Juni 1883/10. April 1892 erstreckt sich nicht auf die geprüften Assistenten der württembergischen Gerichts- und Amtsnotare.

Auf Grund des § 1 Abs. 1 Ziff. 2 a vgl. mit § 2 b Abs. 1 des Krankenversicherungsgesetzes vom 15. Juni 1883/10. April 1892,

1) Vgl. Wohlers-Krech, Reichsgesetz über den Unterstützungswohnsitz, 6. Aufl. S. 10, 50, 112, 113; Eger, Reichsgesetz über den Unterstützungswohnsitz, 3. Aufl. S. 100, 161, 394, und die Entscheidung des Bundesamts vom 23. Februar 1895 im Preuß. Verwaltungsblatt Jahrgang 1895 S. 365.

wonach Personen, welche in dem Geschäftsbetrieb der Notare gegen einen 2000 M. nicht übersteigenden jährlichen Gehalt beschäftigt sind, versicherungspflichtig sind, bzw. auf Grund der §§ 1 und 2 ihres Kassenstatuts verlangte die klägerische Ortskrankenkasse der Handlungsgehilfen u.s.w. in Stuttgart von dem Beklagten Gerichtsnotar Dietter in Stuttgart die Versicherung seines geprüften Assistenten Friedrich Wirth, der von ihm mit einem jährlichen Gehalte von 1400 M. beschäftigt wird. Der Gemeinderat Stuttgart hat in seiner Vorentscheidung vom 7. Juni 1894, die auf die von dem Beklagten gegen Gehalt beschäftigten bloßen Gehilfen sich miterstreckte, ausgesprochen, daß der Beklagte Gerichtsnotar Dietter nicht verpflichtet sei, seine Assistenten zur Krankenversicherung anzumelden, daß dagegen die von ihm beschäftigten Gehilfen krankenversicherungspflichtig seien. Die Ortskrankenkasse hat den ersten Teil dieser Entscheidung mittelst rechtzeitiger Klageerhebung bei der K. Kreisregierung in Ludwigsburg angefochten, worauf diese am 8. September 1894 erkannt hat, daß der Beklagte Gerichtsnotar Dietter verpflichtet sei, den von ihm eingestellten geprüften Assistenten Friedrich Wirth zur klägerischen Ortskrankenkasse anzumelden [1]). Gegen dieses Urteil hat der Beklagte die Berufung erhoben und diese Berufung ist von dem Verwaltungsgerichtshof für begründet aus nachstehenden Gründen erachtet worden:

Bekanntlich verwalten die Gerichts- und Amtsnotare in Württemberg einerseits die als Gerichts- und Amtsnotariate organisierten Staatsbehörden, welche zur Mitwirkung bei der Ausübung der in Württemberg den Gemeinderäten und Waisengerichten anvertrauten, in andern Deutschen Staaten im Wesentlichen den Amtsgerichten zugewiesenen rechtspolizeilichen Thätigkeit auf dem Gebiete des Vormundschafts-, Inventur- und Teilungswesens berufen sind, und vermöge dieser Verwaltung der Notariatsbehörden, die den Gerichts- und Amtsnotaren in

1) Ebenso erkannte in einem gleichen Falle die K. Kreisregierung in Ulm in einem Urteil vom 15. Oktober 1893, das im Amtsblatt des K. Ministeriums des Innern von 1894 S. 73 und in der Zeitschrift „Die Arbeiterversorgung", Jahrg. 1893 S. 633 veröffentlicht ist.

den zu ihren Amtsbezirken gehörigen Gemeinden auch eine Beaufsichtigung der Unterpfands- und Güterbuchsführung auferlegt, sind die Gerichts- und Amtsnotare auf Lebenszeit angestellte pensionsberechtigte Staatsbeamte nach Beilage I des Beamtengesetzes vom 28. Juni 1876. Andererseits sind die Gerichts- und Amtsnotare nach Art. 9 und 10 des Notariatsgesetzes vom 14. Juni 1843 neben ihren amtlichen (ihnen von Amtswegen obliegenden) Geschäften diejenigen Verrichtungen, falls sie nicht bei einer Angelegenheit amtlich einzuschreiten haben, auszuüben auf Verlangen der Beteiligten befugt und bzw. verpflichtet, welche nach der Notariatsordnung vom 25. Oktober 1808 und sonstigen Bestimmungen den immatrikulierten Notaren zustehen. Die Notariatsvollziehungsverordnung vom 14. Juni 1843 hat in § 7 die Geschäfte, die damals zu diesen Nebenverrichtungen vornehmlich gerechnet wurden, einzeln aufgeführt; daneben unterziehen sich bekanntlich die Gerichts- und Amtsnotare der privativen Fertigung von Inventuren und Teilungen, welche außerhalb ihres Amtsbezirks anfallen. Hiezu kommen gelegentlich als anderweitige Nebengeschäfte die durch Art. 1 des Ausführungsgesetzes zur Konkursordnung geregelte Uebernahme der Funktion eines Konkursverwalters und die Leitung von Liegenschaftsversteigerungen und Versehung der Funktion eines Kommissärs oder Hilfsbeamten im Zwangsvollstreckungsverfahren in unbewegliches Vermögen (Gesetz vom 23. Juni 1853 Art. 4 und Gesetz vom 18. August 1879 Art. 3 und 13), sowie bei manchen Notaren die Bekleidung von Nebenämtern als Hilfsbeamte der Unterpfandsbehörden oder als Güterbuchsführer und die Uebernahme von Gemeindeverwaltungsgeschäften.

Ueber die dienstliche Stellung der geprüften Notariatsassistenten enthält das Notariatsgesetz in Art. 12, 28, 73 folgende Bestimmungen: Zu selbständiger Bearbeitung von Geschäften kann der Notar nur ausnahmsweise und mit Genehmigung des zuständigen Gerichtshofs (Landgerichts) einen Gehilfen annehmen; von der aus der Zahl der Geprüften getroffenen Wahl ist dem Bezirksrichter Anzeige zu erstatten. Dem Notar, auch wenn er einen geprüften Gehilfen hat, ist es zur Pflicht gemacht,

die wichtigeren Geschäfte selbst zu besorgen; auch haben die Notare die amtlichen Arbeiten ihrer Gehilfen stets durch ihre Unterschrift anzuerkennen; der Notar ist auch für diejenigen Notariats- und Verwaltungsgeschäfte, welche von seinen Gehilfen allein oder unter Beihilfe derselben besorgt werden, verantwortlich. Die Führung des Sportel-, Rechnungs- und Kassenwesens, sowie der vorgeschriebenen Register und Bücher darf der Notar auch einem geprüften Gehilfen nur dann selbständig übertragen, wenn dieser wegen Behinderung des Notars zum Amtsverweser von der zuständigen vorgesetzten Dienstbehörde bestellt ist (vergl. Not.-Vollz.-Verordnung § 9); auch die von Gerichts- und Amtsnotaren vorzunehmenden Pfand- und Güterbuchsvisitationen und der Durchgang der Pflegschaftstabellen stehen den von den Notaren angenommenen Assistenten nicht zu. Auf sie findet der Art 118 des Beamtengesetzes Anwendung; ihre nicht bloß in einem Gelöbnis an Eidesstatt bestehende dienstliche Verpflichtung ist durch die Justizministerialverfügung vom 31. März 1879 geregelt [1]).

Der von dem Berufungskläger betonte Umstand, daß die Gerichts- und Amtsnotare Staatsbeamte im Sinne des Art. 1 des Beamtengesetzes sind und nach ihrem Hauptberufe den als Notariate organisierten Staatsbehörden vorstehen und daß die von ihnen angenommenen geprüften Assistenten zu den Geschäften dieser Staatsbehörden gemäß den Bestimmungen des Notariatsgesetzes verwendet werden, würde für sich allein kein Hindernis bilden, sie nach § 1 Abs. 1 Ziff. 2 a des Krankenversicherungsgesetzes für versicherungspflichtig zu erachten, wogegen, wenn aus einem anderen Grunde diese Gesetzesbestimmung auf die von den Gerichts- und Amtsnotaren angenommenen geprüften Assistenten keine Anwendung findet, der Umstand, daß sie von ihren Prinzipalen selbst, nicht aus der Staatskasse besoldet werden, nicht entgegenstünde, daß in Anwendung des § 2 a des Gesetzes von der Landesjustizverwaltung die Versicherungspflichtigkeit auf sie erstreckt würde; unter den in § 2 a genannten „im Dienste eines Staats beschäftigten“ Personen sind auch solche verstanden, welche von Staatsbeamten im Dienste des Staats als Privatgehilfen be-

1) Württ. Gerichtsblatt Bd. XV S. 418 ff.

schäftigt werden [1]). Andererseits gelten die in § 1 des Gesetzes insbesondere in Ziff. 1 und 3 des Abs. 1 getroffenen Bestimmungen auch für die Betriebe des Staats und sind in Abs. 2 die im Betriebe der Post- und Telegraphenverwaltungen und in den Betrieben der Marine und Heeresverwaltungen beschäftigten Personen genannt, also zweifellos Personen unbedingt für versicherungspflichtig erklärt, die bei Behörden des Staats, bzw. des Reichs beschäftigt sind, und die bereits angeführte Bestimmung des § 2 a des Gesetzes über fakultative Erstreckung der Versicherungspflicht auf im Dienste eines Staats und des Reichs beschäftigte Personen bildet hiezu nur eine Ergänzung, nicht einen Gegensatz. Erblickt man mit dem Reichsgericht [2]) den Unterschied zwischen Behörde und Beamter darin, daß eine Behörde nicht denkbar ist ohne eine Organisation der Amtsstelle, welche diese in den allgemeinen Behördenorganismus in der Art einfügt, daß der Bestand der Amtsstelle von der Existenz, dem Wegfall, dem Wechsel des Beamten als der physischen Person, der die Besorgung der in den Kreis des Amtes fallenden Geschäfte anvertraut ist, unabhängig ist, daß demnach die Thätigkeit des neu ernannten Beamten eine die Funktion einer bestehen gebliebenen Amtsstelle fortsetzende, nicht die Funktion eines neuen Einzelbeamten ist, so kann dieser Unterscheidung eine maßgebende Bedeutung für die Nichtanwendung des § 1 Abs. 1 Ziff. 2 a des Krankenversicherungsgesetzes auf den von dem Berufungskläger nach den Vorschriften des Notariatsgesetzes angenommenen geprüften Assistenten Wirth nicht beigemessen werden.

Auch stehen die verschiedenen Thätigkeiten der Württembergischen Gerichts- und Amtsnotare, ihre Thätigkeit als Notariatsbehörden und die Besorgung der Nebenverrichtungen der immatrikulierten Notare samt der privativen Fertigung von Notariatsgeschäften derartig unter einander in Verbindung, daß, wenn schon im Sinne des Notariatsgesetzes die Verwaltung der Notariatsbehörden der Hauptberuf der Gerichts- und Amts-

1) Vgl. v. Schicker, Krankenvers., 2. Aufl. zu § 2 a Note 1. S. 39; v. Woedtke, Krankenvers., 4. Aufl. S. 101.

2) Entscheidungen in Strafsachen Bd. XVIII S. 246 ff.

notare ist, doch füglich gesagt werden kann, daß Hilfspersonen derselben, welche in diesen verschiedenen Geschäftszweigen zusammen zur Arbeitsleistung verwendet werden können und verwendet werden, und speziell die in der Vorentscheidung des Gemeinderats Stuttgart genannten ungeprüften Gehilfen, im Geschäftsbetrieb der Notare, wie der Ausdruck des Gesetzes lautet, beschäftigt seien. Es nimmt das Gesetz, obwohl es nach den Einrichtungen der einzelnen Bundesstaaten die Gerichtsvollzieher als Staatsbeamte anerkennt [1]) keinen Anstand, von im Geschäftsbetrieb der Gerichtsvollzieher beschäftigten Personen zu sprechen. Wie bereits der Gemeinderat Stuttgart in seiner Vorentscheidung bemerkt hat, läßt sich nicht voraussetzen, daß bei der Erlassung der Novelle zum Krankenversicherungsgesetz und der Redaktion der Ziff. 2a des Abs. 1 des § 1 der Umstand, daß in einem Teil des Reichsgebiets das Notariat als Behörde besteht (die Eigenschaft von Beamten im Sinne des § 359 des Strafgesetzbuchs kommt sogar den immatrikulierten Notaren zu), unbeachtet geblieben wäre. Allerdings hat zu der Aufnahme der Ziff. 2 a in dem § 1 Abs. 1 der Novelle zum Krankenversicherungsgesetz die Erlassung des Reichsgesetzes vom 22. Juni 1889 über die Invaliditäts- und Altersversicherung den Anlaß gegeben und sagt die vom Berufungskläger angeführte Anleitung des Reichsversicherungsamts vom 31. Oktober 1890 in Betreff des Kreises der nach dem Invaliditäts- und Altersversicherungsgesetz versicherten Personen, daß die Verwaltungen des Reichs, der Bundesstaaten und der Kommunalverbände, soweit die Ausübung der sogenannten regiminellen Thätigkeit im Gegensatz zu wirtschaftlichen Thätigkeiten in Frage komme, nicht als „Betriebe" angesehen werden können; sie fügt aber bei, daß die Geschäfte der Rechtsanwälte, Notare, Gerichtsvollzieher u. s. w., deren Gesamtheit ein wirtschaftliches Unternehmen darstelle, als Betriebe anzusehen seien.

Dagegen ist abweichend von der Entscheidung der Kreisregierung und im Wesentlichen in Uebereinstimmung mit der Vorentscheidung des Gemeinderats anzuerkennen, daß die von

1) Vgl. Bericht der Reichstagskommission, Nr. 381 der Drucksachen des Reichstags, 8. Legisl.-Per. I, Session 1890, S. 51.

den Gerichts- und Amtsnotaren gemäß den Vorschriften des Notariatsgesetzes eingestellten und beschäftigten geprüften Assistenten vermöge ihrer Befähigung zu selbständiger Besorgung der Notariatsgeschäfte, wie sie innerhalb der oben angegebenen Grenzen besteht, eine Beamtenkategorie bildet, für welche die Fürsorge der Spezialbestimmung in Ziff. 2 a des § 1 Abs. 1 der Novelle zum Krankenversicherungsgesetz nicht mitberechnet ist. Die erwähnte Anleitung des Reichsversicherungsamts vom 31. Oktober 1890, betreffend den Kreis der nach dem Invaliditäts- und Altersversicherungsgesetz versicherten Personen, hat bei Erläuterung des Begriffs „Gehilfe" (Ziff. XII) ausgesprochen, daß nicht die in dem sogenannten höheren Bureaudienst beschäftigten Expedienten, Registratoren u.s.w., aber die bei Reichs-, Staats-, Kommunalbehörden, sowie die in den Bureaus der Rechtsanwälte, Notare, Patentanwälte, Gerichtsvollzieher, Auktionatoren, Berufsgenossenschaften u. s. w. beschäftigten Schreiber, Kanzlisten, Kassenboten, Kanzleidiener, Gemeindediener ..... und ähnliche Angestellte, welche vermöge der mehr mechanischen, auf die Verwendung ihrer körperlichen Kräfte und Fähigkeiten gerichteten Dienstleistungen mit den Arbeitern u.s.w. auf gleicher oder doch annähernd gleicher Stufe stehen, zu den Gehilfen zu rechnen seien, sofern dieselben nicht pensionsberechtigte Kommunalbeamte oder nach den dienstpragmatischen Vorschriften als Reichs- oder Staatsbeamte im Sinne des § 4 des Gesetzes vom 22. Juni 1889 anzusehen sind — was bei denjenigen Bediensteten, auf welche nur der Art. 118 des Beamtengesetzes vom 28. Juni 1876 Anwendung findet, auch wenn solchen der Gehalt aus der Staatskasse bezahlt wird, nach dem Erlasse des K. Justizministeriums vom 6. Dezember 1890 (Amtsblatt S. 91) § 2 verglichen mit dem Erlasse des K. Ministeriums des Innern vom 8. Dezember 1890 (Amtsblatt desselben S. 420) Ziff. 1 nicht ohne Weiteres zutrifft.

Von ebendenselben im Geschäftsbetrieb der Anwälte, Notare und Gerichtsvollzieher beschäftigten Personen, welche durch das Gesetz vom 22. Juni 1889 der Invaliditäts- und Altersversicherung unterworfen worden waren, ist in den Motiven zu dem Entwurfe der Novelle zum Krankenversicherungsgesetz (Druckf.

des Reichstags von 1890 Nr. 151 S. 34) die Rede und auch der bereits erwähnte Reichstagskommissionsbericht (Drucksache Nr. 381 S. 50. 51) spricht nur von den „Schreibern" der Rechtsanwälte und Gerichtsvollzieher. Mögen nun auch, wie die K. Kreisregierung annimmt, unter den krankenversicherungspflichtigen Betriebsbeamten, Werkmeistern und Technikern, deren Jahresverdienst 2000 M. nicht übersteigt, und auch unter den mit solchem Jahresverdienst im Geschäftsbetriebe der Krankenkassen, Berufsgenossenschaften und Versicherungsanstalten beschäftigten Personen, welche in Folge Beschlusses des Reichstags in die Ziff. 2 a des § 1 Abs. 1 der Novelle mitaufgenommen worden sind, sich manche einzelne befinden, deren Dienstleistung als gleichwertig mit der Dienstleistung von geprüften Notariatsassistenten angesehen werden kann, so läßt sich doch in Ansehung der im Geschäftsbetriebe der Notare beschäftigten Personen diese Gesetzesstelle nach den für ihre Auslegung vorliegenden Materialien nicht auf solche in der Beamtenstellung des Art. 118 des Beamtengesetzes befindliche Personen beziehen, welche, obwohl sie ihren Gehalt von den Notaren erhalten und von ihren Prinzipalen nach Gutdünken durch Kündigung entlassen werden können, doch nur mit Ermächtigung und unter Kontrolle der vorgesetzten Staatsbehörden von den Notaren angestellt werden und welche sodann darin, daß sie die Geschäfte des Notariats als Amtsstelle und Staatsbehörde selbständig — wenn auch nicht in vollem Umfang selbständig, sondern unter Kontrolle und Verantwortlichkeit ihrer Prinzipale und unter Ausschluß von einzelnen Geschäften — neben ihren Prinzipalen zu besorgen befugt sind und daß sie zu vollberechtigten Stellvertretern ihrer Prinzipale bestellt zu werden befähigt und berufen sind, geschäftlich in einem Verhältnis der Koordination zu ihren Prinzipalen stehen und sich in ihrer geschäftlichen Thätigkeit von den auf Staatskosten einem Notariat beigegebenen Assistenten, deren Freiheit von der Versicherungspflicht der Unterrichter unter Bezugnahme auf die Bemerkung v. Schicker's a. a. O. Note 21 zu § 1 nicht in Abrede stellen will, wesentlich irgend wie nicht unterscheiden und die denn auch, trotzdem sie von ihren Prin-

zipalen auf eigene Rechnung angestellt sind, ausnahmsweise zu der Invaliditäts- und Altersversicherung nicht beigezogen worden sind.

Urteil vom 22. Dezember 1894 in der Berufungssache des Gerichtsnotars Karl Dietter in Stuttgart gegen die Ortskrankenkasse der Handlungsgehilfen u. s. w. daselbst.

6.

Unzulässigkeit eines Verwaltungsrechtsstreits zwischen einem Ortsarmenverband und der Krankenpflegeversicherung ebendesselben Kommunalverbands.

Die ledige Katharina Rohrmann von Kleingemünd, badischen Bezirksamts Heidelberg, war vom 18. Dezember 1893 bis einschließlich Samstag den 6. Januar 1894 in Stuttgart zur Aushilfe als Dienstbote beschäftigt, wurde aber während der Dauer dieser Beschäftigung von ihrem Dienstherrn nicht bei der Krankenpflegeversicherung der Stadt Stuttgart angemeldet. Die Anmeldung erfolgte erst nachträglich am 9. Januar, als die Rohrmann bei der Verwaltung des Katharinenhospitals in Stuttgart um Aufnahme in dieses Krankenhaus nachsuchte. Am 9. Januar erhielt sie eine Bescheinigung des Verwalters der Krankenpflegeversicherung, sie könne vorläufig für Rechnung der Krankenpflegeversicherung aufgenommen werden. Die Rohrmann, die an hochgradiger Bleichsucht litt, ist sodann vom 10. Januar bis 20. Februar in dem Katharinenhospital verpflegt und ärztlich behandelt worden.

Die Verwaltung der Krankenpflegeversicherung beanspruchte auf Grund des Art. 11 Abs. 3 des Gesetzes vom 16. Dezember 1888/12. Mai 1893, betreffend die Krankenpflegeversicherung und die Ausführung des Krankenversicherungsgesetzes, von dem Dienstherrn der Rohrmann den Ersatz des durch die Verpflegung derselben im Katharinenhospital erwachsenen Aufwands. Die, als jener seine Ersatzpflicht bestritt, gemäß Art. 12 Abs. 4 um ihre vorläufige Entscheidung angegangene K. Stadtdirektion Stuttgart teilte nach gutächtlicher Vernehmung des Stadtdirektionsphysikats ihre Akten der Verwaltung der Krankenpflegeversicherung

mit dem Anfügen mit, daß nach ihrem Erachten eine Verpflichtung der Krankenpflegeversicherung zur Unterstützung der Rohrmann gar nicht vorhanden gewesen sei, da ihre Erkrankung im Hinblick auf das Gutachten des Stadtdirektionsarzts als erst am 9. Januar eingetreten anzusehen sei, weshalb der Verwaltung der Krankenpflegeversicherung eine Erklärung darüber anheimgegeben werde, ob sie auf ihrer Klage gegen den Dienstherrn beharren wolle. Die Verwaltung der Krankenpflegeversicherung hat sodann am 5. März diese Klage zurückgenommen, ohne jedoch auf ihre Rechtsansprüche für den Fall zu verzichten, daß gegen die Krankenpflegeversicherung von der Rohrmann oder einem Armenverband eine Klage mit Erfolg durchgeführt würde. Gleichzeitig teilte die Verwaltung der Krankenpflegeversicherung der Katharinenhospitalverwaltung mit, daß die K. Stadtdirektion nach gutächtlicher Vernehmung des Stadtdirektionsphysikats festgestellt habe, daß die Rohrmann, nachdem sie ihre Mitgliedschaft bei der Krankenpflegeversicherung am 7. Januar verloren habe, erst am 9. Januar erkrankt sei, und daß unter diesen Umständen die in Aufrechnung gebrachten Verpflegungskosten nicht übernommen werden.

Am 20. April beschloß die Armendeputation der Stadt Stuttgart den Anspruch auf Erstattung dieser Verpflegungskosten gegen die Krankenpflegeversicherung im Rechtswege zu verfolgen, worauf die Klage des Ortsarmenverbands bei der Kreisregierung in Ludwigsburg eingereicht wurde; der Erstattungsanspruch gründete sich auf Art. 13 Abs. 1 des Gesetzes vom 16. Dezember 1888/12. Mai 1893 in Verbindung mit § 57 Abs. 1 und 2 des Krankenversicherungsgesetzes. Für die beklagte Krankenpflegeversicherung hat der für sie angestellte Verwalter die Prozeßführung übernommen. Durch Urteil vom 3. August 1894 hat die Kreisregierung in Ludwigsburg die Klage abgewiesen.

Diese Entscheidung hat der Verwaltungsgerichtshof, als der klägerische Ortsarmenverband die Berufung erhob, durch Urteil vom 21. November 1894 wegen Unzulässigkeit eines Verwaltungsrechtsstreits zwischen den streitenden Teilen aufgehoben. Die Begründung besagt:

Der Verwaltungsgerichtshof ist der Ansicht, daß nur eine Meinungsverschiedenheit zwischen den Verwaltungsorganen eines und desselben Kommunalverbands vorliegt, welche nicht als Verwaltungsstreitsache zwischen dem Ortsarmenverband Stuttgart und der Krankenpflegeversicherung der Stadt Stuttgart bei den Verwaltungsgerichten durch Klage anhängig gemacht werden kann. Wie aus dem zur Ausführung des Reichsgesetzes über den Unterstützungswohnsitz erlassenen Gesetze vom 17. April 1873 Art. 8—10, 29 und 30 und der Instruktion vom 30. Mai 1873 §§ 30 und 31 erhellt, ist der Ortsarmenverband Stuttgart, obwohl er in der Armendeputation ein besonderes Organ hat, das jedoch dem Gemeinderat untergeordnet ist, kein von der Stadtgemeinde Stuttgart zu unterscheidender Kommunalverband; der Ortsarmenverband fällt örtlich mit der Stadtgemeinde zusammen und der Aufwand des Ortsarmenverbands ist, insoweit die Einnahmen aus Armenfonds, Armenstiftungen und Armengefällen nicht ausreichen, von der Gemeinde aufzubringen, wobei mit der wegen Unzulänglichkeit der Gemeindeeinkünfte stattfindenden Umlage des Gemeindeschadens auch die Umlage der Armenkosten erfolgt. Nach dem Gesetz vom 16. Dezember 1888/12. Mai 1893, der Vollziehungsverfügung des K. Ministeriums des Innern vom 27. Mai 1893 §§ 27, 31 und 32 und dem von der Kreisregierung in Ludwigsburg am 19. September 1893 genehmigten Statut ist auch die Krankenpflegeversicherung der Stadt Stuttgart nicht — wie die durch §§ 16 ff. des Krankenversicherungsgesetzes geregelten Ortskrankenkassen — eine von der Stadtgemeinde Stuttgart zu unterscheidende juristische Person, sondern sie ist — gleichwie die durch §§ 4 ff. des Krankenversicherungsgesetzes geregelte Gemeindekrankenversicherung — eine bloße Einrichtung der Stadtgemeinde Stuttgart, ohne die Eigenschaft einer besonderen Korporation. Sie besteht für den Gemeindebezirk Stuttgart; dem Gemeinderat kommt die Verwaltung nach den allgemeinen Grundsätzen über die Gemeindeverwaltung zu; die Einnahmen und Ausgaben sind allerdings getrennt von allen andern Einnahmen und Ausgaben der Gemeinde zu verrechnen, aber insoweit die aus den Beiträgen fließenden Einnahmen und der Reservefonds

zur Deckung der Ausgaben nicht zureichen, hat die Stadtkasse die erforderlichen Zuschüsse vorbehältlich des späteren Ersatzes zu leisten; der Beamte, dem die Verwaltung anvertraut wird, ist ein vom Gemeinderat ernannter Beamter.

Es hat denn auch der klägerische Prozeßbevollmächtigte, als er von dem Verwaltungsgerichtshof zur Erklärung darüber veranlaßt wurde, worauf die Annahme, daß von dem Ortsarmenverband Stuttgart gegen die Krankenpflegeversicherung der Stadtgemeinde Stuttgart ein Parteistreitverfahren bei den Verwaltungsgerichten durchgeführt werden könne, beruhe, nicht in Abrede gestellt, daß der Ortsarmenverband Stuttgart mit der Stadtgemeinde identisch sei und daß die Krankenpflegeversicherung eine Einrichtung der letzteren sei; er findet nur den Grund für die Zulässigkeit eines Verwaltungsrechtsstreits darin, daß der Aufwand für die Verpflegung der Rohrmann, wenn der Ortsarmenverband mit seinem Anspruch nicht durchbringe, von den Steuerzahlern, andernfalls von den bei der Krankenpflegeversicherung versicherten Personen, bzw. deren Arbeitgebern und Dienstherrn getragen werden müsse, wobei er indes die Klage nicht als eine Klage der Gemeinde gegen die Krankenpflegeversicherung, sondern nicht folgerichtig als eine Klage des Ortsarmenverbands gegen die Stadtgemeinde auffassen will. Sicherlich ist es unter dem angegebenen Gesichtspunkt allerdings nicht gleichgiltig, ob die in Streit stehenden Verpflegungskosten bei der Kasse des Ortsarmenverbands oder bei der Kasse der Krankenpflegeversicherung in Ausgabe verrechnet werden; eben darum ist denn auch in § 27 der Vollziehungsverfügung vom 27. Mai 1893 allgemein vorgeschrieben, daß der Armenverband den auf ihn übergegangenen Ersatzanspruch gegen die Kasse der Krankenpflegeversicherung geltend zu machen habe und daß bei der Revision der Rechnungen des Armenverbands zu kontrollieren sei, daß dies geschehen sei.

Hieraus folgt jedoch keineswegs, daß die Krankenpflegeversicherung für die Stadt Stuttgart im Verhältnis zu der Stadtgemeinde ein von derselben zu unterscheidendes prozeßfähiges Rechtssubjekt ist und die Geltendmachung solcher Erstattungs-

ansprüche zwischen den Behörden eines und desselben Kommunalverbands im Wege des Verwaltungsstreitverfahrens bei den Verwaltungsgerichten zum Austrag gebracht werden müsse und könne[1]; vielmehr ist es, wenn die Meinungsverschiedenheit zwischen den beiderseitigen Verwaltungsorganen nicht im Schoße der Gemeindebehörde erledigt werden könnte, in welcher Beziehung übrigens der Verwaltungsgerichtshof der Ausführung des klägerischen Prozeßbevollmächtigten nicht beitritt, solchenfalls Sache der staatlichen Aufsichtsbehörde, die angemessene Entscheidung zu treffen.

Die Unzulässigkeit des Verwaltungsstreitverfahrens ist von dem Verwaltungsgerichtshof von Amtswegen zu beachten und es ist daher, wie hiemit geschieht, das unterrichterliche Urteil samt dem Sportelansatz aufzuheben. Da in Wirklichkeit die Stadtgemeinde Stuttgart den Verwaltungsrechtsstreit gegen sich selbst führt, ist auch eine Entscheidung über die Prozeßkosten nicht zu treffen.

Urteil vom 21. November 1894 in der Berufungssache des Ortsarmenverbands Stuttgart gegen die Krankenpflegeversicherung Stuttgart.

7.

Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte zur Entscheidung über einen Anspruch aus einer in öffentlichem Interesse erfolgten Geschäftsführung.

In der Berufungssache der Stadtgemeinde Heilbronn, Klägerin Berufungsklägerin, gegen Friedrich Widmann und Karl Jobst von da, Beklagte Berufungsbeklagte, Forderung von Trottoirbeiträgen betreffend, hat durch Urteil vom 23. Januar 1895 der Verwaltungsgerichtshof das Urteil der K. Kreisregierung in Ludwigsburg, durch welche die Klägerin mit ihrer Klage wegen Unzulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs abgewiesen worden war, abgeändert und die Beklagten zur Bezahlung der geforderten Summen verurteilt[2].

1) Vgl. v. Schicker, Krankenversicherung 2. Aufl. zu § 57 Note 15.

2) Die Zurückverweisung der Sache an das Verwaltungsgericht erster Instanz unterblieb, da dasselbe von Amtswegen die Klage wegen Un-

In Betreff der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte ist in der Begründung ausgeführt:

1. Nach Art. 15 Abs. 2 der Bauordnung kann, außer der in Abs. 1 erwähnten Verpflichtung, über sonstige Verbindlichkeiten der Besitzer von an die Ortsstraße angrenzenden Gebäuden und Grundstücken hinsichtlich der Ortsstraßen und Nebenwege durch das gemäß Art. 2 und 3 erlassene Ortsbaustatut Bestimmung getroffen werden. Diese Verbindlichkeiten beruhen hienach auf allgemeinen Rechtsnormen, welche für den örtlichen Bezirk von den Gemeindebehörden mit Genehmigung des K. Ministeriums des Innern kraft der von der Gesetzgebung ihnen übertragenen Befugnis in Beziehung auf die Sicherheit und die Bequemlichkeit des örtlichen Zusammenlebens und Verkehrs getroffen werden, und sind unzweifelhaft öffentlichrechtlicher Natur. Diese Eigenschaft hat daher auch die durch § 10 des für den vorliegenden Fall maßgebenden Ortsbaustatuts der Stadt Heilbronn vom 28. April/15. Mai 1876 den Eigentümern der an den Straßen und öffentlichen Plätzen liegenden Gebäude auferlegte Verpflichtung, längs der Gebäude und der zu denselben gehörenden an die Straße anstoßenden Hofräume und Hausgärten Trottoirs auf eigene Kosten herzustellen und zu unterhalten. Nach dem Wortlaut dieser Bestimmung sind die Gebäudeeigentümer nur dazu verpflichtet, die Trottoirs selbst herzustellen und zu unterhalten. Wenn daher die Klägerin im vorliegenden Fall die Umlegung des Trottoirs vorgenommen hat, so hat sie, soweit die Verpflichtung der Beklagten hiezu begründet gewesen ist, als Geschäftsführerin der letzteren gehandelt, es erscheint aber gleichwohl für die hierauf gestützte Klage auf Erstattung des die Beklagten treffenden Anteils an den Kosten jener Umlegung die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts als begründet.

Zwar ist dem vorigen Richter zuzugeben, daß über die den Beklagten nach den Bestimmungen des Heilbronner Ortsbaustatuts obliegende Pflicht zur Herstellung und Unterhaltung der

Zuständigkeit abgewiesen hatte, gemäß Art. 72 des Gesetzes vom 16. Dez. 1876 im Anschluß an die reichsgerichtliche Praxis; vgl. Gaupp, Komm. zur C.P.O. 2. Aufl. Bd. II S. 53 Not. 17.

vor ihren Häusern gelegenen Trottoirs zu dem entsprechenden Anteil an sich kein Streit herrscht. Dagegen ist bestritten, ob im vorliegenden Fall die Beklagten zur Vornahme der Reparatur des fraglichen Trottoirs auf eigene Kosten nach jenen Bestimmungen verpflichtet gewesen sind, bzw. nach denselben zu den Kosten der Reparatur verhältnismäßig beizutragen haben. Der Streit dreht sich daher um das Bestehen einer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung. Der Umstand aber, daß die letztere im Weg der Geschäftsführungsklage geltend gemacht wird, ist nicht ohne Weiteres geeignet, die zivilrichterliche Zuständigkeit zu begründen, da die Geschäftsführung auch bei öffentlich rechtlichen Verbindlichkeiten vorkommen und auf öffentlich-rechtlichen Gründen beruhen kann [1]). Da nun im vorliegenden Fall die Gemeindebehörden in Heilbronn vermöge der ihnen eingeräumten Befugnis darüber zu wachen hatten, daß die Trottoirs an den Ortsstraßen in gutem Stand erhalten werden, und im Fall deren Reparaturbedürftigkeit die erforderlichen Maßnahmen zu treffen hatten, so ist anzunehmen, daß jene Behörden die Trottoirreparatur, auch soweit solche den Beklagten obgelegen ist, in Wahrnehmung ihrer straßenpolizeilichen Fürsorge vorgenommen haben, weil bei der Beteiligung der Klägerin und einer Mehrheit von Hausbesitzern an der Verpflichtung zu der fraglichen Reparatur ein einheitliches Vorgehen im öffentlichen Interesse gelegen und die Gemeindebehörden angesichts des Verhaltens der Beklagten, die sich nicht etwa zur eigenen Herstellung erboten haben, hiezu genötigt gewesen sind, um die durch die Beschaffenheit des Trottoirs verursachte Störung des öffentlichen Verkehrs zu beseitigen. Hätten die städtischen Behörden die Reparatur durch die Beklagten selbst verlangt und diese nach Erschöpfung des Beschwerdewegs der

1) Urteil des vormaligen württ. Obertribunals vom 3. Mai 1876 in dem württ. Gerichtsbl. XII, 191 f., insbesondere auch Note 10; Amtsbl. des Ministeriums des Innern von 1872 S. 224; zu vgl. auch Sarwey, öff. Recht S. 320, und im württ. Archiv XV, 77, Entscheidungen des Reichsgerichts XVII, 245, XXI, 192, XXII, 288, XXV, 302, XXVII, 207, XXVIII, 12, XXXII, 345, Entscheidungen des Bundesamts für Heimatwesen vom 7. Januar 1873 in dem Amtsblatt des Ministeriums des Innern von 1873 S. 256.

Auflage keine Folge geleistet, so wären die städtischen Behörden nicht genötigt gewesen, die Erfüllung der Auflage durch Ungehorsamsstrafen zu erzwingen, sondern sie hätten die Reparatur auf Kosten der Beklagten vornehmen lassen können und im Fall eines Streits über die Verpflichtung zur Kostenerstattung wären, soweit für eine richterliche Entscheidung nach Art. 10 Ziff. 20 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes noch Raum gewesen wäre, die Verwaltungsgerichte zuständig gewesen. Gerade so verhält es sich im vorliegenden Fall, in welchem, wie von der Klägerin zutreffend behauptet wird, die Heilbronner Gemeindebehörden durch Rücksichten des öffentlichen Wohls zur vorläufigen Uebernahme einer den Beklagten auferlegten öffentlich rechtlichen Verpflichtung bestimmt worden sind und daher die hierauf gestützte Geschäftsführungsklage in den Vorschriften des öffentlichen Rechts ihre Grundlage hat.

Urteil vom 23. Januar 1895 in der Berufungssache der Stadtgemeinde Heilbronn gegen Friedrich Widmann und Karl Jobst von da.

8.

Die Rechtsbeschwerde des Art. 13 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 greift gegen eine auf Grund des Art. 76 der Bauordnung erfolgte Dispensationserteilung nur dann Platz, wenn der Beschwerdeführer durch die Dispensationserteilung in einem ihm zustehenden Rechte verletzt ist.

Die Stadtgemeinde Stuttgart hat durch Vertrag vom 11. Mai 1894 von dem von der Hegelstraße, der Seidenstraße und der Kornbergstraße umschlossenen Dreieck im Flächengehalte von 4 a 29 qm, das im Stadtbauplan von Stuttgart als öffentlicher Platz vorgesehen und als solcher bereits angelegt ist, eine Fläche von ca. 2 a 53 qm zur Erbauung einer kleinen griechisch-katholischen Kirche um den Preis von 12 000 M. an die Kaiserlich Russische Gesandtschaft in Vertretung der Kaiserlich Russischen Staatsregierung verkauft; in dem Kaufvertrag wurde festgesetzt,

daß das die Kirche umgebende Areal des Platzes von der Stadtgemeinde Stuttgart als öffentliche Anlage hergestellt und unterhalten werden werde.

Gegen das Bauvorhaben und das Gesuch um Dispensation von der Vorschrift des Art. 6 Abs. 1 der allgemeinen Bauordnung, wonach auf einer bisher nicht überbauten Grundfläche, welche nach dem Ortsbauplane zu einem nicht mit Gebäuden zu besetzenden öffentlichen Platze bestimmt ist, von Feststellung dieses Planes an kein Bauwesen mehr errichtet werden darf, wurden von einer Mehrzahl von Eigentümern umliegender Gebäude und unüberbauter Grundstücke Einsprachen erhoben.

Durch die Entschließung des K. Ministeriums des Innern vom 18. August 1894 sind jedoch ihre gegen das Bauvorhaben und das Dispensationsgesuch erhobenen Einsprachen als unbegründet verworfen worden.

Die gegen diese Entschließung, insofern sie der Dispensation stattgegeben hat, von ihnen eingelegte Rechtsbeschwerde ist von dem Verwaltungsgerichtshof als unbegründet abgewiesen worden.

Aus den Gründen:

Der Verwaltungsgerichthof nimmt prinzipiell — wiewohl in früherer Zeit in verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen, worin die erhobenen Rechtsbeschwerden verworfen wurden, diese Einschränkung nicht immer eingehalten worden ist [1]) — den Standpunkt ein, daß die Rechtsbeschwerde gegen die seitens des K. Ministeriums des Innern auf Grund des Art. 76 der Bauordnung erfolgte Dispensationserteilung nur insoweit zulässig ist, als die Beschwerdeführer behaupten und erweisen, daß sie durch die Dispensationserteilung in einem ihnen zustehenden Recht verletzt seien, daß dagegen nicht nur die Frage, ob im Sinne des Art. 76 „ein dringender Fall besonderer Natur vorliegt", für die zur Dispensationserteilung berufene Verwaltungsbehörde eine Ermessensfrage bleibt, sondern auch die Frage, ob durch die Dispensation erheblichen Interessen der Beschwerdeführer Eintrag geschehen ist, der richterlichen Nachprüfung des Verwaltungs-

1) Vgl. Amtsblatt des Ministeriums des Innern von 1879 S. 337 ff. und Württemb. Archiv, Bd. XVII S. 261 ff., Bd. XIX S. 268 ff., Bd. XX S. 427 ff.

gerichtshofs entrückt ist. Indem die Bauordnung das Bestehen einer Dispensationsbefugnis, um die Strenge der erlassenen gebietenden und verbietenden Normen für eigenartige Fälle zu mildern, für notwendig erachtete und die Handhabung dieser Befugnis, die Rechtsnorm für nicht zum Voraus in ihren Merkmalen näher bestimmte und bestimmbare einzelne Fälle mit Rücksicht auf deren Beschaffenheit außer Wirkung zusetzen, der obersten Baupolizeibehörde anvertraute, konnte es nicht die Absicht des Gesetzes sein, diese Verwaltungsbehörde hinsichtlich der Ausübung dieser Befugnis allseitig unter richterliche Kontrolle zu stellen. An dem „Rechte eines Dritten" findet die Handhabung der Dispensationsbefugnis ihre selbstverständliche unumstößliche Schranke; im übrigen verzichtete das Gesetz eben damit, daß es die Dispensationsbefugnis erteilte, für die Ausnahmefälle auf die Aufstellung einer Rechtsnorm, die der Verwaltungsrichter seiner Entscheidung zu Grunde zu legen hätte. Nach Art. 13 Abs. 1 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 entscheidet der Verwaltungsgerichtshof über Beschwerden gegen Entscheidungen der Verwaltungsbehörden, wenn der Beschwerdeführer behauptet, daß die ergangene auf Gründe des öffentlichen Rechts gestützte Entscheidung rechtlich nicht begründet und er hiedurch in einem ihm zustehenden Recht verletzt sei. Die Beschwerdeführer sind nicht schon ohne Weiteres in einem ihnen zustehenden Recht verletzt, wenn bei der geschehenen Dispensation von der Vorschrift des Art. 6 Abs. 1 der Bauordnung dem Art. 76 derselben eine der Absicht dieser Gesetzesbestimmung nicht vollkommen entsprechende Anwendung gegeben worden wäre, sondern sie sind in ihrem Rechte nur dann verletzt, wenn ihnen, abgesehen von der Vorschrift des Art. 6 Abs. 1 der Bauordnung ein subjektives Recht zustand, vermöge dessen sie die Ausführung des Bauvorhabens auf dem Platze zu verhindern vermögen.

Der Anwalt der Beschwerdeführer behauptet nun allerdings, daß die Beschwerdeführer in einem ihnen zustehenden Recht verletzt seien. Ein solches Recht war jedoch nicht erweislich ....

Urteil vom 17. Oktober 1894 in der Rechtsbeschwerdesache des Architekten Hermann Krauß u. Gen. in Stuttgart.

III.

Kleinere Mitteilungen aus der Praxis.

V. Oertliche Zuständigkeit für die Wandlungsklage.

Von

Landgerichtsrat **Pelargus** in Heilbronn.

In der amtsgerichtlichen Rechtsprechung sind wegen der bekannten Vorschrift des § 23 Nr. 2 G.V.G., betreffend die Zuständigkeit in Streitigkeiten wegen Viehmängel, Wandlungsklagen verhältnismäßig häufig und nicht selten ist dabei die Frage zu entscheiden, wie sich der Gerichtsstand des § 29 C.P.O. gestaltet, wenn der klagende Käufer die Kaufsache im Besitz hat und ausdrücklich Zurücknahme begehrt.

Soweit sich übersehen läßt, schwankt die Praxis in derartigen Fällen erheblich, so zwar, daß nicht einmal ein und dasselbe Gericht eine bestimmte Auffassung unentwegt beibehält. Daher mag, wenn auch nur als Anregung zu weiterem Prüfen, die Wiedergabe einer einschlägigen landgerichtlichen Entscheidung aus neuerer Zeit [1]) von einigem Interesse sein.

Der Sachverhalt ist folgender: Nachdem der in Strümpfelbach, OA. Backnang, wohnhafte Kläger von der in Ludwigsburg ansäßigen Beklagten auf dem Backnanger Viehmarkt eine Kalbin um den Preis von 176 Mk gekauft, auf der Stelle das Tier von der Beklagten übernommen und den Kaufpreis bar bezahlt hatte, erhob er — gestützt auf die Behauptung, daß die unstreitig noch in seinem Besitz befindliche, in seinem Stall zu Strümpfelbach stehende Kalbin an einem gesetzlichen Hauptmangel

1) Entsch. der Civilkammer des K. Landg. Heilbronn, 7. Dezbr. 1894.
(in Sachen Ottenheimer ca. Häussermann).

leide, — innerhalb der Gewährfrist Wandlungsklage beim K. Amtsgericht Backnang mit dem Antrag, zu erkennen, die Beklagte sei schuldig, das Tier wieder zurückzunehmen, dem Kläger den Kaufpreis mit 176 ℳ zurückzuerstatten und ihm an Futtergeld täglich vom Tag des Kaufsabschlusses an bis zu dem der Zurückgabe der Kalbin 1 ℳ zu ersetzen.

Auf die von der Beklagten vorgeschützte Einrede der örtlichen Unzuständigkeit erkannte das Amtsgericht durch Zwischenurteil seine Zuständigkeit an und die hiegegen eingelegte Berufung der Beklagten wurde zurückgewiesen aus nachstehenden Gründen:

Während darüber kein Streit herrscht, daß der in § 29 C.P.O. vorgesehene Gerichtsstand der Erfüllung auch auf die Fälle der Wandlungsklage Anwendung leidet, einerlei, ob die Vollziehung des unterliegenden Kaufvertrags noch ganz oder teilweise aussteht oder schon ganz geschehen ist, hat die Frage, was letztenfalls die „streitige Verpflichtung" im Sinn des § 29 darstelle, wiederholt eine verschiedene Beantwortung erfahren, sofern bald [1]) diejenige Verpflichtung, welche der klagende Käufer erfüllt hat und nun zurückfordern oder „aufrufen" will, bald [2]) die auf dem angeblichen Aufhebungsgrund beruhende Rückerstattungspflicht des Verkäufers als für den Gerichtsstand allein maßgebend betrachtet wird. Im gegenwärtigen Rechtsstreit, wo der Kläger neben einander Zurücknahme der verkauften Kuh, Rückgewähr des Kaufpreises und Entrichtung von Futtergeld bis zur Zurücknahme fordert, bedarf jene Frage keiner Entscheidung. Denn vom Boden der erstangeführten Auslegung des Begriffs „streitige Verpflichtung" aus wäre die Einrede der Unzuständigkeit ohne weiteres zu verwerfen, weil der Kaufvertrag, um dessen Aufhebung es sich handelt, unstreitig von beiden Teilen in Backnang erfüllt worden ist. Wird dagegen die zweite Ansicht gebilligt, so gelangt man zu dem gleichen Ergebnis auf Grund folgender Erwägungen:

1) Entscheid. d. Reichsg. in Civils. Bd. 3 S. 413; Bolze, Praxis des Reichsg. Bd. 11 S. 327.

2) Entsch. d. Reichsg. in Civils. Bd. 27 S. 393, Bd. 31 S. 383; Wach, Lehrbuch, Bd. 1 S. 453; Gaupp, Komment. 2. Aufl. Bd. 1 S. 71 vor IV; Weißmann in Busch, Zeitschr. Bd. 17 S. 26.

Inwieweit die drei Ansprüche, welche der Kläger geltend macht, sachlich begründet sind, insbesondere ob die Beklagte nach dem Gesetz zur Zurücknahme verpflichtet ist, kommt für die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts nicht in Betracht, vielmehr richtet sich dieselbe nur nach der rechtlichen Eigenheit der erhobenen Ansprüche ohne Rücksicht auf ihre thatsächliche Erweislichkeit. Bei völliger Selbständigkeit sämtlicher Ansprüche wären zweifellos verschiedene Erfüllungsorte gegeben: die Zurückzahlung des Kaufpreises und die Vergütung von Fütterungskosten hätte die Beklagte nach allgemeinen Grundsätzen an ihrem Wohnort, die Zurücknahme der Ware aber an dem Ort, wo sich dieselbe befindet, d. h. nach der unbestrittenen Sachlage am Wohnsitz des Klägers, zu bewerkstelligen.

Nun kommt jedoch, auch vom Standpunkt der Klaganträge aus, zunächst dem Ersatzanspruch für Fütterungskosten keine selbstständige Bedeutung zu, vielmehr erscheint er nach Bestand und Höhe von den zwei andern abhängig, somit als Nebenforderung. Aber auch die beiden Hauptansprüche sind weder nach der vom einzelnen Fall absehenden Betrachtungsweise, noch nach der in den Klaganträgen kundgegebenen Auffassung des Klägers selbstständig in dem Sinne, daß sie ohne gegenseitige Beeinflussung bestehen und erledigt werden könnten: Das gemeine Recht, von welchem das württembergische nicht abweicht, räumt wenigstens bei einem Zug um Zug vollzogenen Platzgeschäft, wofern die Voraussetzungen für die gewöhnliche Wandlungsklage zutreffen, dem Käufer einen Anspruch auf Rückgewähr des Kaufschillings nur gegen gleichzeitige Rückgabe der beanstandeten Ware ein, mit anderen Worten: die thatsächliche Aufhebung des Kaufvertrags hat gleichfalls Zug um Zug, nämlich beiderseits am gleichen Ort und zur gleichen Zeit, zu erfolgen. Uebereinstimmend hiemit begehrt auch der Kläger, obwohl er eine förmliche Verpflichtung der Beklagten zur Zurücknahme der Ware behauptet, die Vertragsaufhebung durch einen einheitlichen Vorgang.

Mit der angezogenen gemeinrechtlichen Regel[1]) zeigt sich

1) Entsch. d. Reichsg. in Civils. Bd. 2 S. 122, Bd. 20 S. 358 f.; Rassow-Künzel, Beitr. Bd. 34 S. 1143, Bd. 37 S. 1208.

die von anderer Seite [1]) vertretene Ansicht unvereinbar, daß der Verkäufer die Ware immer da wieder abnehmen müsse, wo sie sich vertrags- oder bestimmungsgemäß befindet; denn zur Rückzahlung des Kaufpreises an demselben Ort ist der Verkäufer jedenfalls nicht verbunden, weshalb die Ansicht als dem Erfordernis der Zug-um-Zug-Leistung zuwiderlaufend verworfen werden muß. Die Gegenmeinung, wonach die Zurückgabe (und Zurücknahme) der Ware immer am Wohnsitz des Verkäufers zu erfolgen hätte [2]), übersieht dagegen, daß der Käufer nicht gezwungen werden kann, die Ware dem Verkäufer an dessen Wohnort anzubieten.

Kann aber keinem der Beteiligten ein vollständiges Nachgeben und Entgegenkommen gegenüber dem andern zugemutet und soll dennoch an der Aufhebung Zug um Zug festgehalten werden, so bleibt — wofern nicht eine vorsorgliche Parteivereinbarung vorliegt — nichts übrig, als einen dritten Ort dafür zu bestimmen. In den Gesetzen läßt sich eine ausdrückliche Vorschrift nicht nachweisen. Die Quellen [3]) bringen nur den Gedanken zum Ausdruck, daß bei der Wandelung alles thatsächlich in den Stand zurückzuversetzen sei, wie er ohne Vollziehung des wiederaufzuhebenden Vertrags bestände. Dies drängt zu dem Schlusse, für die Wiederaufhebung sei der Ort der ersten Erfüllung mindestens dann in's Auge zu fassen, wenn diese gleichfalls Zug um Zug geschehen war. Nicht schon wofern der Verkäufer die Ware, der Käufer den Kaufschilling je in ihrem Wohnsitz wieder in Händen haben, sondern nur wofern beides am Ort der anfänglichen Vollziehung der Fall ist, kommt die neue Sachlage — abgesehen von dem Dazwischenliegen des abgelaufenen Zeitraums und von den hineinfallenden Geschehnissen, — der im Augenblick der ersten Vollziehung vorhandenen Sachlage soweit möglich gleich oder nahe: Auch damals war das Geld im Gewahrsam des Käufers, die Ware in dem des Verkäufers,

1) Hanausek, die Hoftung des Verkäufers, Bd. 1 S. 152.

2) Goldschmidt's Zeitschr., Bd. 4 S. 450, Bd. 12 S. 282, Bd. 25 S. 264; Sarwey, württ. Arch. Bd. 9 S. 418; Boscher, Zeitschr. Bd. 33 S. 209 f.

3) L. 23 § 7 L. 60 Aed. ed. (21,1).

aber nicht je am Wohnsitz der Beteiligten, sondern eben am Ort der ursprünglichen Vertragserfüllung. Freilich mögen je nach den Umständen die Parteien durch Wiederaufsuchen dieses Orts, der Käufer zudem durch Ueberführen der Ware dorthin, geringere oder bedeutendere Verluste erleiden. Doch reicht dieser Umstand, für sich allein betrachtet, zur Widerlegung des Ausgeführten nicht hin und verliert überdies wesentlich an Bedeutung, wenn die Möglichkeit erwogen wird, daß die Vertragsgenossen durch gütliches Uebereinkommen, d. i. durch Vereinbarung einer geeigneteren anderen Stelle für die Vornahme der gegenseitigen Erstattung, unter allen Umständen aber durch einseitigen Verzicht eine unverhältnismäßige Benachteiligung verhindern können. Soweit sich jedoch eine solche nicht umgehen läßt, erscheint sie als natürliche, auf den Vertragsgenossen nicht überwälzbare Folge davon, daß der Betroffene sich überhaupt auf ein außerhalb seines Wohnorts Zug um Zug erfüllbares Kaufgeschäft eingelassen und hernach entweder dessen Wiederaufhebung selbst begehrt oder aber durch Lieferung einer gesetzwidrig beschaffenen Ware veranlaßt hat[8]). Auch mag darauf hingewiesen werden, daß bei schuldhaftem Verhalten des Verkäufers der Käufer unter allen Umständen sein volles Interesse, mithin auch Ersatz seiner Reise- und Ueberführungskosten u. s. f., zu fordern berechtigt ist.

8) Weismann, a.a. O. S. 31; Hirsch in Boscher's Zeitschr. Bd. 33 S. 179.

IV.

Abhandlungen.

III. Zur Lehre vom Gesinderecht [1]).

Von

Rechtsanwalt Schefold in Ulm.

Die Bestimmungen unseres Landrechts in Teil II tit. 17 § 8 sind nach der allgemeinen Meinung so zu verstehen: Wenn ein Dienstbote den Dienst ohne rechtmäßige Ursache verläßt, so kann die Dienstherrschaft die Fortsetzung des Dienstes erzwingen oder das Interesse fordern; es steht ihr aber auch frei, den rückständigen Lohn zu behalten, letzteres selbst dann, wenn der Dienstbote seine Dienste nachträglich wieder erbietet.

Im ersten Heft des II. Bandes dieser Jahrbücher S. 97 ff. und neuerdings Band 7 S. 100 ff. ist der Versuch gemacht, den Nachweis zu führen, daß der Dienstherrschaft nur die Alternative zustehe, den Dienst zu erzwingen oder das id quod interest zu fordern, nicht aber auch das Recht, den rückständigen Lohn zu verweigern. Die Wichtigkeit der Frage rechtfertigt eine wiederholte Erörterung, die, wie gleich bemerkt werden mag, zu dem Resultat gelangt, daß die herrschende Meinung die richtige ist.

§ 8 cit. lautete:

„Wann gedingte Knechte oder Mägd oder Taglöhner ohne Ursach aus dem Dienst oder Arbeit giengen, sollen unsere Ampt-

1) Obige Abhandlung ist sofort nach Erscheinen der Abhandlung: Jahrbstcher, II, 97 geschrieben, sodann aber, weil die vortreffliche Entgegnung: Jahrbücher II, 225 zuvorkam, zurückgelegt worden. Der neueste Auffatz: Jahrbücher VII, 100 ff. mag die nachträgliche Bekanntgabe rechtfertigen.

leut so sie solches gläublich befunden) dieselbige auff Anruffen des Haus- oder Bauherrn handhaben und verglibbten inne auszubienen, oder den verursachten Schaden nach Billigkeit abzulegen. So aber einer gemelte Knecht, Mägd oder Taglöhner nicht verbietten laßen, noch wider in Dienst oder Arbeit annemmen wollt, ist er nicht schuldig, ihnen einigen Lohn zu geben: und sollen daneben dieselbigen ohngetreuen Diener und Arbeiter durch unsere Amptleutt gebührlich gestrafft werden."

1. Das Landrecht sagt, daß der Hausherr nicht schuldig sei dem Knecht ꝛc. „einigen Lohn" zu geben. Dieser Ausdruck „einigen" Lohn scheint an sich nicht dazu angethan zu sein, Zweifel zu erregen; er bedeutet doch nichts anderes als: irgend einen Lohn, und wenn das Landrecht bestimmt, daß der Herr nicht schuldig sei, dem Knecht, der ihn verläßt, „einigen", irgend einen Lohn zu geben, so kann dies wohl kaum anders verstanden werden, als daß der Dienstbote einen Lohn weder für die Zukunft noch für die Vergangenheit haben soll. Uebrigens begegnen wir dem Wort „einige" auch an anderen Stellen des Landrechts z. B. II, 2, § 1, § 2, § 5, II, 5, § 6; III. 11, § 5; überall hat es, wie das heutige irgend ein, den Sinn und die Bedeutung, eine Negative zu verschärfen und zu verallgemeinen: es soll etwas nicht sein, es soll etwas nicht gelten, wie immer auch die Fälle gestaltet sein mögen, in welchen man zur Anwendung des Gegenteils neigen möchte.

2. Unser § 8 besteht aus zwei Sätzen, welche ganz offenbar einen Gegensatz bilden. Im ersten Satz sind die gerichtlichen Klagen geregelt, welche der Dienstherrschaft gegen die den Dienst verlassenden Dienstboten zustehen; im zweiten Satz ist Vorsorge getroffen, daß die Dienstherrschaft, welche die Hilfe des Richters nicht anrufen will, auf anderem Weg zu ihrem Rechte gelangt; im ersten Satz ist der Fall des Prozesses, (verbietten, bietten gleich laden: L. R. I, 10, § 4 ꝛc.) im zweiten der Fall behandelt, wenn die Herrschaft nicht klagen, nicht prozessieren will; im ersten Fall ist die actio loc. cond. auf das Verhältnis der Dienstboten zu ihrer Herrschaft angewandt, im zweiten ist eine Art Selbsthilfe gewährt: statt daß die Dienst-

herrschaft Prozeß anfängt, läßt sie den Knecht laufen, straft ihn und hilft sich dadurch, daß sie den rückständigen Lohn in der Tasche behält.

3. Wenn der erste Satz des § 8 nicht die Bedeutung hat, die Rechtsfolgen des ungerechtfertigten Dienstaustritts allgemein und erschöpfend zu normieren, sondern vielmehr nur die gerichtlichen Klagen, — die im Prozeßweg zu verfolgenden Ansprüche zu regeln, so fällt jeder Widerspruch zwischen diesem Satz und dem zweiten — im Sinne der herrschenden Lehre verstandenen — Satze unseres Gesetzes dahin, denn es ist nicht nur kein Widerspruch, daß die Dienstherrschaft nach dem ersten Satz Schadensersatz geltend machen, nach dem zweiten von der Einbehaltung des Lohnes Gebrauch machen kann, sondern im Gegenteil: Wenn der erste Satz derjenigen Dienstherrschaft, welche klagen will, bestimmte Rechtsansprüche und Rechtsmittel gewährt und der zweite Satz zu dem Fall übergeht, in welchem der Dienstherrschaft geholfen werden soll, die nicht klagen, nicht prozessieren will, so fordert doch die dringendste Logik, daß nun für diesen Fall ein Rechtsbehelf geschaffen wird, welcher erreichbar ist, ohne daß Klage erhoben, Prozeß geführt werden muß. Ein solcher Rechtsbehelf aber und zudem ein ganz zweckmäßiger ist die Nichtzahlung des rückständigen Lohns. — So entwickelt sich alles im natürlichsten Zusammenhang: Wenn der Dienstbote den Dienst ohne rechtmäßige Ursache verläßt, so mag die Dienstherrschaft den Richter anrufen und in diesem Fall Fortsetzung des Dienstes oder das Interesse fordern, will sie aber keinen Prozeß, so mag sie sich selbst helfen, indem sie dem Dienstboten den rückständigen Lohn nicht zahlt.

4. Der zweite Satz unseres § 8 erwähnt noch besonders den Fall, wenn der Dienstbote nachträglich zur Wiederaufnahme des Dienstes sich erbietet. Auch in diesem Fall, trotz der thätigen Reue des Dienstboten, soll der Herrschaft gestattet sein, den Lohn zu verweigern. Sinn und Zusammenhang dieser Bestimmung sind klar: Wenn der Dienstbote den Dienst preisgiebt und fortbleibt, so mag er seines rückständigen Lohnes verlustig gehen; wenn er aber zurückkehrt, verdient er dann keine Verzeihung?

Soll auch gegen einen solchen Knecht die Strenge des Gesetzes in Kraft und Geltung bleiben? — Das Landrecht bejaht die Frage und verfügt, daß der Dienstbote auch dann, wenn seine nachträglich erbotenen Dienste nicht angenommen werden, des Lohnes verlustig sein soll. Dies hat seinen guten Sinn. — Wie aber steht es mit Sinn und Zusammenhang des zweiten Satzes nach der neuen Theorie. Hiernach ist entweder anzunehmen, daß das Landrecht folgende zwei Bestimmungen selbständig aneinander reiht:

a) Wenn die Dienstherrschaft gegen den ungetreuen und widerspänstigen Knecht nicht prozessieren will, so kann sie ihm für die Zukunft den Lohn versagen,

b) wenn der ungetreue Knecht seine Dienste anbietet, so steht ihr das gleiche Recht zu.

Von diesen Sätzen hat der zweite immerhin einen guten Sinn, wie steht es mit dem ersten? Soll man für möglich halten, daß das Landrecht einen Satz ausspricht, dessen Selbstverständlichkeit das Maß überschreitet? — Oder aber das Landrecht hat den ersten Satz (ad. a) nur zu dem Zweck ausgesprochen, um den zweiten (ad. b) motivierend einzuleiten; gegen diese Annahme sprechen noch größere Bedenken: In dem Fall, daß der Dienstbote sich zum Dienst wieder erbietet, erhebt sich ja die Frage des Prozesses nicht. Das Motiv, die Dienstherrschaft des Prozesses zu entheben, kann nicht das Motiv für eine Bestimmung sein, die einen Fall trifft, wo ein Prozeß gar nicht nötig und denkbar ist. Und wenn das Landrecht in dem zweiten Satz des § keinen andern Rechtsgedanken zum Ausdruck bringen wollte als den, daß die Dienstherrschaft dem Dienstboten auch dann den Lohn für die Zukunft nicht geben muß, wenn er seine Dienste wieder anbietet, warum hat es diesen Gedanken nicht ohne alle weitere Phrase und Einleitung ausgesprochen, gerade so, wie es demnächst im § 10 unseres Titels für den Fall geschehen ist, wo, wenn der Werkmeister sein Werk nicht rechtzeitig vollbracht hat, es „zu Gegenteils Wohlgefallen steht“, solches Anerbieten anzunehmen oder nicht. Endlich welche Befriedigung gewährt es, wenn das Landrecht dem Dienstherrn, welcher nicht

prozessieren will, den Rechtsbehelf eröffnet, dem Knecht, der ihn verlassen hat, fortan einen Lohn nicht mehr zu geben?

5. Das Landrecht giebt der Dienstherrschaft die Befugnis, dem Dienstboten den rückständigen Lohn zu versagen. Man möchte daran denken, daß der Dienstbote durch den ungerechtfertigten Dienstaustritt selbst seines Lohnanspruchs eo ipso verlustig gienge; man möchte an ein Verwirken des Anspruchs denken. So spricht sich das Gesetz nicht aus. Es ist auch nicht sein Sinn. Im Gegenteil: Der Lohnanspruch besteht fort; wenn der Dienstherr den Knecht zur Rückkehr zwingt, so wird kein Zweifel sein, daß er ihm auch den rückständigen Lohn bezahlen muß. Umgekehrt erlischt der Lohnanspruch, wenn die Dienstherrschaft von dem Recht, den rückständigen Lohn zu versagen, Gebrauch macht. Man möchte an einen Kompensationsakt denken. Allein einerseits setzt das Einbeziehen des Lohns einen Schaden, durch dessen Geltendmachung zu kompensieren wäre, nicht voraus, und andererseits möchte in der Willenserklärung der Dienstherrschaft, welche den Lohn einbezieht, selten die Absicht der Kompensation enthalten sein. Dagegen ist es immerhin die Regel, daß die Dienstherrschaft durch den Vertragsbruch der Dienstboten Schaden leidet. Diesen Schaden will das Gesetz vergüten, für diesen Schaden will sich der Dienstherr decken. Und nun hat die einfache Erklärung der Dienstherrschaft, den Lohn vorzuenthalten, die Wirkung, daß ihr Anspruch auf Schadensersatz vermittelst Tilgung des Lohnanspruchs befriedigt wird. — Auf dem Weg der Eigenmacht, ohne Anrufen des Gerichts, also durch Selbsthilfe gelangt die Forderung der Dienstherrschaft zur Befriedigung. — Daneben hat die Versagung des Lohns, der ja den Schaden der Herrschaft häufig überschreiten mag, den Charakter einer Strafe, welche der „Hausherr" an den ungetreuen „Ehehalten" zur Vollziehung bringt. — Das ist die juristische Qualität des Einbeziehens rückständigen Dienstlohns: Selbsthilfe mit Privatstrafe vermischt. — Diese Untersuchung ist nicht bedeutungslos, sie zeigt, daß wir es mit einer höchst singulären Rechtsnorm zu thun haben, die nicht analog auf verwandte Fälle ausgedehnt und nur dann

angewendet werden darf, wenn die Voraussetzung des Gesetzes genau zutrifft. Wir kommen hiemit auf weitere Fragen:

6. Die Rechtsnorm im zweiten Satz unserer Landrechtsstelle, die einen Anspruch auf Vergütung schafft, welcher den wirklichen Schaden weit überschreiten kann, einen Anspruch, welcher auf den Weg der Selbsthilfe realisiert wird, gehört zweifellos dem Gebiet des singulären Rechtes an. Solches Recht entsteht, wo besondere Bedürfnisse, Interessen dringender Natur vorliegen[1]). Eben diese Momente für die singuläre Regelung eines Verhältnisses bestehen augenscheinlich in dem häufigen Fall des täglichen Lebens, daß Dienstboten ihre Arbeit verlassen. Wer kennt nicht die Mißlichkeiten eines Prozesses zwischen Herrschaft und Dienstboten: persönliche Unlust, Verlust an Zeit und Geld, Wertlosigkeit erzwungener Dienste, Schadensersatz ohne Vermögen u. s. f. Da greift denn das Landrecht praktisch durch und gewährt der Herrschaft das Privileg, sich ohne Prozeß — durch Selbsthilfe, Recht und Genugthuung zu schaffen. Ein gleiches Bedürfnis besteht nicht für die Fälle, in welchen Dienstboten „ohne rechtmäßige Ursachen" entlassen werden. Für diese Fälle wäre daher eine singuläre Rechtsnorm nicht gerechtfertigt. Und wenn nun hier das regelmäßige Recht wieder in Geltung tritt, so mag es wohl sein, daß in einzelnen Fällen Dienstboten, welche den Dienst verlassen, härter behandelt erscheinen, als diejenigen, welche ohne Ursache entlassen werden, allein diese Anomalie ist eben eine keineswegs befremdliche Folge der singulären Natur unseres Gesetzes[2]). Ob es aber weiterhin überhaupt richtig ist, daß der widerrechtlich austretende Dienstbote außer dem Verlust seines rückständigen Lohns auch das id quod interest zu erstatten hat, ist eine Frage, welche unter der folgenden Ziffer erörtert werden soll.

7. Der Anspruch auf Schadensersatz (§ 8 erster Satz) und die Befugnis der Lohnverweigerung (§ 8 zweiter Satz) sind zwei

1) Wächter, Württ. P.R II S. 14.

2) Die humanen Erörterungen des Landgerichtes Rottweil sind schön und gut; aber ob sie mit der derben Denkweise des Jahrhunderts, in welchem unser Landrecht entstanden ist, übereinstimmen, ist eine andere Frage.

nach Grund und Inhalt wesentlich verschiedene Rechtsbehelfe; dort wird der wirkliche Schaden wegen Nichterfüllung geltend gemacht, hier ein Recht, welches einen Schaden nicht voraussetzt, dort wird der Anspruch der Dienstherrschaft durch das Angebot der Dienstboten, den Vertrag zu erfüllen, elidiert, hier besteht das Recht fort trotz dieses Anerbietens, dort ist die Frage, was im Prozeß zu erzwingen sei, hier ist der Fall gesetzt, daß ein Prozeß nicht entsteht. Der hauptsächliche Zweck der Bestimmung des zweiten Satzes ist, die Dienstherrschaft der Notwendigkeit eines Prozesses zu entheben. Dagegen soll ihr aber auch nur für den Fall, daß sie nicht prozessiert, der Vorteil des Landrechts beschieden sein. Das Landrecht will nicht, daß die Dienstherrschaft das Privilegium des zweiten Satzes auch dann genießen soll, wenn sie im Prozeßweg das Interesse fordert; sie soll dieses nicht neben jenem beanspruchen. Aus alledem ergiebt sich, daß die gleichzeitige Geltendmachung der landrechtlichen Lohnverweigerung und des Interesses wegen Nichterfüllung des Vertrags nach dem Landrecht verboten ist. Dies hat schon Weishaar klar und bestimmt ausgesprochen, Württ. Pr. Recht II, § 11, 31, wo er ganz richtig darauf hinweist, daß die Interesseforderung neben der landrechtlichen Lohnversagung schon deshalb nicht stattfinden könne, weil jene ein Aequivalent dafür sein soll, daß der Dienstbote den Vertrag nicht erfüllt, diese aber, die Lohnverweigerung auch stattfindet, wenn der Dienstbote seine Verbindlichkeiten (nachträglich) erfüllen will.

8. Aus den vorstehenden Erörterungen ergeben sich folgende Sätze:

a) Wenn ein Dienstbote den Dienst ohne rechtmäßige Ursache (vorzeitig) verläßt, so steht der Dienstherrschaft ein alternatives Klagerecht zu: auf Erzwingung der Dienste oder das id quod interest.

b) Will die Dienstherrschaft die Hilfe des Richters nicht anrufen, so steht ihr zu, den rückständigen Lohn für sich zurückzubehalten.

c) Die Befugnis ad. b. besteht fort, auch wenn der Dienstbote nach dem Austritt seine Dienste wieder anbietet.

d) Interesseforderungen können neben dem landrechtlichen Einbeziehen des Lohns nicht geltend gemacht werden.

IV. Ist für die Insinuation einer Schenkung nach gemeinem und württ. Rechte das persönliche Erscheinen des Schenkgebers vor der Behörde erforderlich?

Von

Oberamtsrichter Frhr. v. Wächter-Spittler in Nürtingen.

Die herrschende Theorie, welche diese Frage verneint, hat, was die Litteratur[1]) des württembergischen Rechtes angeht, zum hervorragendsten, wenn nicht einzigen Gegner Lang, der in seinem Sachenrecht für die Notwendigkeit persönlicher Insinuation eintritt. Die Praxis der Gerichte ist, von den seltenen Fällen der Schenkung exemter Güter abgesehen, kaum veranlaßt, sich mit der Frage anders als im Weg der Dienstaufsicht oder der Prozeßentscheidung zu befassen. Immerhin kommt aber auch der Fall der Insinuation einer Mobiliarschenkung bei den Amtsgerichten mitunter vor.

Wenn der Einsender es nun unternimmt, die Gründe der Zurückweisung eines solchen Insinuationsantrages in Nachstehendem zu veröffentlichen, so geschieht das in der Annahme, daß der Inhalt der Rechtsquellen und des für ihre Auslegung zu Gebote stehenden urkundlichen Materials bei dem bisherigen Gang der Kontroverse noch nicht ausgiebig genug benützt worden sei[2]). Dabei erschien es der Vollständigkeit halber nicht unangemessen, auch über die einschlägige Rechtsprechung des Reichs-

1) Außer der im Text zitierten ist zu vergleichen: Wächter, Württ Priv.R. Band I S. 303—306, Tafel, Civilrechtssprüche, Bd. II S. 62 ff. Ohne ausdrückliche Entscheidung der hier aufgeworfenen Frage behandeln das Erfordernis eines Antrags des Schenkgebers: Württ-Ger.-Bl. Bd. III S. 389 ff., Württ.-Archiv, Band VI S. 173 ff., Bd. XIII S. 160 ff., ferner die Obertribunalsentscheidung in Boscher's Zeitschrift, Band VII S. 129 ff., deren Einsender übrigens einen schriftlichen Antrag für genügend hält.

2) Benützt sind im Gerichtsblatt und Archiv a. a. O. von den gedruckten Landrechtsakten S. 208—213 und die Anmerkung auf S. XXXII, nicht aber der Text S. XXVIII—XXXII der Einleitung, wo gerade die hier interessierenden Stellen als Beispiele für den Gang der Vorarbeiten zum III. Landrecht gewählt und eingehend behandelt sind. Im Uebrigen vgl. S. 148 Note 1.

gerichts, wie in der getroffenen Entscheidung selbst, einen kurzen Ueberblick zu geben. Die Gründe jener Entscheidung lauten:

Schon die organisationsmäßige Zuständigkeit der Amtsgerichte für Entgegennahme von Insinuationen dieser Art ist bestritten [1]). Wollte man sie aber auch annehmen, so muß doch nach gemeinem, wie nach württemb. Rechte für die Insinuation einer Schenkung das persönliche Erscheinen der Schenkgeber vor der den Akt vornehmenden Behörde gefordert werden. Den in dieser Richtung, zunächst für die Immobiliarschenkung, von Lang in seinem Sachenrechte, Band I § 54, S. 316, Note 33, gemachten, dem Aufsatz in Boschers Zeitschrift Band XXXIII, S. 71 ff., gegenüber in zweiter Auflage festgehaltenen Ausführungen ist Folgendes hinzuzufügen.

Der Wegfall des Erfordernisses persönlicher Gegenwart des Schenkgebers bei Vornahme der Insinuation pflegt für das württ. Recht damit begründet zu werden, daß das I. u. II. Landrecht jenes Erfordernis für Insinuation allgemein aufgestellt, das dritte Landrecht aber, und für die Liegenschaftsveräußerungsverträge schon das Generalreskript vom 4. April 1584, es aufgehoben haben. Letzteres ist aber nicht nachzuweisen [2]). Im

1) Vgl. Württ. Gerichtsblatt Band XII S. 48 ff.

2) Vergeblich sucht man im Generalreskript einen Ausdruck dafür, daß es jetzt den Parteien „freigestellt" sei, ob sie den Vertrag persönlich oder schriftlich vor das erkennende Gericht bringen wollen. Diese bei Tafel, a. a. O., aufgestellte Behauptung ist auch durch Wächter, auf den er sich beruft, Privatrecht I S. 306, nicht gemacht. Vielmehr ist hier nur gesagt, das Gesetz fordere nicht mehr, daß die Parteien dabei gegenwärtig seien. Ausdrücklich ist nun allerdings diese Forderung in dem verfügenden Teile des Generalreskripts nicht mehr enthalten. Ob aber ihre Weglassung auf Absicht beruhe, kann mit Sicherheit jedenfalls aus den Worten des Reskripts selbst nicht ersehen werden. Was die Vorarbeiten zu diesem Generalreskript betrifft, so finden sich in dem Königlichen Staatsarchiv unter der Bezeichnung: „Archiv Ausschuß, Lade D., Büschel (i. e. Fascikel) 15" folgende Aktenstücke:

1. Antrag des Hofgerichts zu Tübingen vom 6. April 1582, nebst einer Einlage vom Jahre 1580, betreffend die Bitte des Untervogts, Bürgermeisters und Gerichts in Herrenberg um Deklaration des Landrechts im Punkte der Insinuation der Verträge".

Gegenteil ergeben die Württ. Landrechts-Akten, daß ungeachtet des Generalreskripts, das des Requsites der persön-

2. Gutachten der herzoglichen Canzlei (Landhofmeister und Räte) vom 16. April 1582 nebst herzoglicher Verfügung vom 4. Februar 1583.
3. Erlaß an die Professoren Nicolaus Varenbüler und Kilian Vogler in Tübingen (Concept ohne Datum).
4. Gutachten dieser Professoren vom 29. November 1583.
5. Concept des nachmaligen Generalreskripts ohne Datum.
6. Resolution des kleinen ständischen Ausschusses über diesen Entwurf v. 17. März 1584.

In keinem dieser Aktenstücke ist von irgend welchen Unzuträglichkeiten die Rede, die mit dem Erfordernis persönlichen Erscheinens der Kontrahenten vor dem Stadt- oder Dorfgericht verknüpft gewesen wären. In keinem derselben wird die Frage der Zulässigkeit schriftlichen Antrags auf Vornahme der Insinuation auch nur erwähnt. Dagegen wird schon in dem Antrag des Hofgerichts unter Hinweis auf die Mängel der eingerissenen, mit dem Landrecht nicht vereinbaren Praxis ganz besonders verlangt, daß die in Frage stehenden Verträge „für sitzende Gericht“ und an Werktagen „zu welchen solche actus verrichtet werden sollen“, gebracht und von den Richtern mit allen Umständen der Personen, Zeit und Orts wohl erwogen werden. Soweit hiemit das Erfordernis einer materiellen causae cognitio aufgestellt werden wollte, hat nun freilich das III. Landrecht (vgl. Landrechtsakten S. 146, die eingeklammerte, also gestrichene Stelle der Haug'schen Relation über diesen Punkt und hiezu Wächter, Priv.-R. Band I S. 488), gegenüber dem zweiten eine grundsätzliche Aenderung getroffen. Allein das persönliche Erscheinen der Kontrahenten konnte sehr wohl auch unter dem Gesichtspunkte bloßer Prüfung der formellen Vertragserfordernisse verlangt werden. Und in diesem Sinne muß doch hervorgehoben werden, daß das III. Landrecht und ebenso schon das Generalreskript ausdrücklich ein Vorbringen vor den Gerichten verlangt. Wächter, im Württ. Priv.R. Band I S. 305, führt selbst an, daß schon bei Beratung des zweiten Landrechts vom ständischen Ausschuß zur Sprache gebracht worden sei, wie häufig die Parteien den Vertrag bloß beim Stadtschreiber anzeigen. Hätte diese oder die einfache schriftliche Form des Insinuationsantrages zugelassen werden wollen, so wäre nicht zu erklären, weshalb das Generalreskript und das III. Landrecht für den Fall, daß innerhalb 14 Tagen kein Gerichtstag abgehalten würde, die bei Strafvermeidung einzuhaltende Frist bis zum nächsten Gerichtstag erstrecken. Sehr einfach erklärt sich aber diese Bestimmung, wenn man davon auszugehen hat, daß die Vornahme des gesammten Aktes der Insinuation vor gesessenem Gericht dem Gesetzgeber als selbstverständlich erschien.

lichen Anwesenheit der Parteien als bisher bestehend gedenkt und es für die Zukunft keinenfalls ausdrücklich außer Wirkung gesetzt hat, die im zweiten Landrechte für die Insinuation von Verträgen über liegende Güter gegebene Vorschrift des Fürbringens

„im Beisein beider Teil Kontrahenten"

erst bei der Schlußredaktion durch den Oberratssekretär Schmidlin nicht sowohl beseitigt als dahin umgewandelt worden ist, es sollen die Kontrakte „von beiden Kontrahenten sambtlich" fürgebracht werden. Haug in seiner Revision des zweiten Teils des Landrechts hatte jene Stelle unverändert stehen lassen, ebenso die Stuttgarter Kommission, obgleich sie andere requisita insinuationis beseitigte[1]). Ganz ähnlich war der Hergang bei Entstehung der Landrechtsstelle Teil II, Titel 18, § 3 in ihrer jetzigen Fassung. Die Worte des Textes, wonach die Schenkung nicht Kraft haben sollte,

„es geschehe dann vor Gericht"

sind von Haug, der in seiner Relation das landrechtliche Erfordernis persönlichen Erscheinens als vorhanden besonders erwähnt, obwohl er für die Möglichkeit schriftlicher Insinuation hier und anderwärts verschiedene Schriftsteller über gemeines Recht anführt, unverändert belassen worden. Auch Broll hat an denselben nichts geändert, sie haben auch die Superrevision durch Enzlin überdauert, und erst Schmidlin hat dann bei der Schlußredaktion statt dessen gesetzt:

„solche werde dann vor Gericht fürgebracht"[2]).

Man hat es hiernach durchweg mit redaktionellen Aenderungen zu thun, deren Zusammenhang mit den von Haug zitierten Stellen aus gemeinrechtlichen Autoren oder mit einer Absicht materieller Aenderung keinenfalls erwiesen ist. Im Uebrigen gilt nach L. R. T. I, Titel 34 § 7 für die in öffentlichen Büchern einzutragenden Rechtsgeschäfte die ganz allgemeine Vorschrift, daß sie mit Vorwissen des Gerichtes

„im Beisein der Parteien, die es angeht"

einzuschreiben sind. Haug hat diesen § 7, der im

1) Vgl. L.R.A. S. 146, 286 S. XXVIII, XXIX S. 648.

2) Vgl. L.R.A. S. 208, 213, S. XXX—XXXII.

zweiten Landrecht fehlt, erst neu hinzugefügt, und Schmidlin hat ihn in diesem Punkt unverändert stehen lassen [1]).

Es mochte also die Schenkung, nach der nunmehrigen Fassung des Landrechts im Ganzen, auch schon vor der Insinuation in urkundliche Form gebracht sein, bei der Einschreibung mußten beide Teile, schon der Sicherung des Beweises halber, persönlich anwohnen, und da diese Einschreibung nach Teil II, Titel 18 § 3 einen Bestandteil der Insinuationsförmlichkeit bildet, war für persönliche Anwesenheit mindestens des Schenkers bei der Insinuation gesorgt. Daß für die Liegenschaftsveräußerungsverträge trotz § 23 der Königlichen Verordnung vom 21. Mai 1825 die persönliche Unterzeichnung im Kaufbuch allmählig außer Uebung gekommen ist [2]), erklärt sich leicht dadurch, daß die Einhaltung dieser für den Verkehr lästigen Form zur Giltigkeit des Vertrages nicht mehr nötig war, und ihre Erzwingung durch die auf Unterlassung der Insinuation angedrohte Strafe nicht angemessen erscheinen mochte. Im Uebrigen ist es nicht richtig, hieraus auch nur für die Immobiliarschenkung den Wegfall jenes Erfordernisses zu folgern [3]). Denn das L.R. Teil II, Tit. 18 § 4 fordert auch für die Schenkung liegender Güter ganz dieselbe Insinuation, wie für die große Mobiliarschenkung in § 3. Auch der § 4 steht unter der Ueberschrift:

„Welche Gaben vor Gericht geschehen sollen"

und es ist in § 4 nur daneben, (freilich inkonsequenter Weise, weil für Insinuation nicht rechtsverbindlicher Geschäfte kein Zwang angemessen erscheint,) wie bisher auf die Vorschriften des Tit. 13 verwiesen.

Was sodann die Grundsätze des heutigen gemeinen Rechts

1) Vgl. L.R.A. S. 72 (276).

2) Vgl. Wächter, Erörterungen, Band I S. 165, 185, Priv.-R. Band II S. 374, 375, und dagegen das Obertribunalerkenntnis bei Bofcher, Band XV S. 113.

3) Ueber die Frage, inwieweit Bestimmungen im I. Teil des Landrechts überhaupt noch Anspruch auf Geltung haben, vgl. im allgemeinen Wächter, Württ. Privatr. Band I S. 1063, Band II S. 163. Hier steht keinenfalls eine bloß prozessualische Vorschrift zur Erörterung. Vielmehr handelt es sich daneben mindestens um eine instruktionelle Bestimmung im Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

betrifft, so hat der III. Civilsenat des Reichsgerichts in zahlreichen Urteilen [1]) als Zweck der Vorschrift der Insinuation für die große Schenkung neben der Herstellung eines Beweises durch öffentliche Urkunde den Schutz des Schenkgebers vor Uebereilung durch eine erschwerende Förmlichkeit bezeichnet, auch diese Förmlichkeit dahin präzisiert, daß zum Protokoll des Gerichts vom Schenkgeber entweder die Schenkung ihrem ganzen Inhalt nach mündlich erklärt oder wenigstens der offen übergebene Schenkungsvertrag als seinem Willen entsprechend anerkannt werden müsse. Es trifft also hier gerade das zu, daß [2]) die Willenserklärung selbst unter Beobachtung einer gewissen Form zu geben ist.

Wenn trotzdem derselbe III. Civilsenat in einem Urteil vom 21. Juni 1887 [3]) als einzigen Zweck der Vorschrift die Herstellung eines öffentlichen Beweises für den Schenkungsakt bezeichnet, und demgemäß nach heutigen Rechtsgrundsätzen dabei eine Stellvertretung durch Spezialbevollmächtigte zuläßt, so widerspricht diese Entscheidung geradezu den früheren und dem angeführten späteren Urteil. Die Natur der Sache schließt hier die Stellvertretung aus, weil der Zweck, den Schenkgeber vor Uebereilung zu schützen, nicht erreicht wird, sobald ihm verstattet ist, auf einfachem schriftlichem Weg seinen Schenkungswillen bindend zu erklären [4]).

1) Entscheidungen in Civilsachen, Band V S. 131 ff. VI S. 181 ff. XVIII S. 182 ff. Band XXII S. 194 ff.

2) Vgl Wächter, Württ Pr.R. Bd. II S. 771 § 107 bei Note 10a.

3) Entscheidungen in Civilsachen, Band XVIII S. 251 ff.

4) Streng der Form nach genommen, müßte allerdings zwischen der schriftlichen Vollmachtserteilung und der protokollarischen Erklärung des Bevollmächtigten unterschieden werden. Erst mit der letzteren ist die Erklärung des Schenkungswillens vollendet, die Vollmacht enthält nur die Ermächtigung zur Abgabe dieser Willenserklärung und kann in der Zwischenzeit natürlich frei widerrufen werden. Allein dem praktischen Erfolge nach läuft die Gestattung der Stellvertretung kraft schriftlicher Vollmacht darauf hinaus, daß der Schenkgeber, um die Schenkung zu ermöglichen, für seine Person nichts weiter vorzunehmen hat, als die Unterzeichnung der Vollmacht, die nicht vor der Behörde geschehen muß, und bei welcher der Schenkgeber seiner eigenen Ueberlegung und den Einflüssen dritter Personen überlassen ist.

V. Zu Absatz 2 Ziffer 1 § 102 Reichscivilprozeßordnung. Ist ein in Deutschland als Kläger im Civilprozeß auftretender ungarischer Staatsbürger kautionspflichtig?

Von

Rechtsanwalt Kapp in Stuttgart.

Am 1. November 1894 ist in Ungarn der Gesetzesartikel XVIII vom Jahr 1893 über das Summarverfahren in Kraft getreten, dessen nach § 220 desselben Gesetzesartikels auch im ordentlichen Verfahren (vor den Gerichtshöfen) und in Handelsangelegenheiten anwendbarer § 9 bestimmt: „Ausländer, welche als Kläger auftreten, haben dem Beklagten auf dessen Verlangen wegen der Prozeßkosten und Urteilsgebühren Sicherheit zu leisten. Eine Sicherheit kann nicht gefordert werden, 1) wenn nach den Gesetzen des Staates, welchem der Kläger angehört, ein ungarischer Staatsbürger im gleichen Fall zur Sicherheitsleistung nicht verpflichtet ist".

Auf Grund dieser Ziffer 1 des § 9, die wörtlich übereineinstimmt mit der Ziffer 1 des Abs. 2 § 102 der deutschen Civilprozeßordnung, hat der II. Civilsenat des württembergischen Oberlandesgerichts durch Urteil vom 22. November 1894 die Einrede der mangelnden Prozeßkostensicherheit in einem Fall verworfen, in welchem ein ungarischer Kläger eine württembergische Firma in einer Handelssache bei einem württembergischen Landgericht verklagt hatte.

Die Entscheidungsgründe gehen dahin: Im ungarischen wie im deutschen Gesetz sei der Grundsatz vorangestellt, daß der als Kläger auftretende Ausländer dem Beklagten auf Verlangen wegen der Prozeßkosten Sicherheit zu leisten habe, in beiden Gesetzen sei aber sofort ausgesprochen, daß *im Fall der Gegenseitigkeit* diese Verpflichtung nicht eintrete. Gewähren aber sowohl Deutschland als Ungarn den Angehörigen eines andern Staats Befreiung von der Kautionspflicht dann, wenn dieser andere Staat das Gleiche thue, so sei eben damit *für diese beiden Staaten der Fall der Gegenseitig-*

keit gegeben und in Folge dessen sowohl der in Deutschland klagende Ungar als der in Ungarn klagende Deutsche von der Kautionspflicht befreit.

Diese Entscheidung giebt zu Bedenken Anlaß. Damit daß festgestellt ist, daß in beiden Staaten übereinstimmend der Grundsatz der Gegenseitigkeit hinsichtlich der Kautionspflicht ausgesprochen ist, dürfte noch nicht bewiesen sein, daß auch der Fall der Gegenseitigkeit, die materielle Gegenseitigkeit gegeben sei.

Die Ausführung der Entscheidungsgründe, daß Deutschland und Ungarn Angehörigen eines anderen Staates Befreiung von Kautionspflicht gewähre, wenn dieser das Gleiche thue, ist zwar richtig; nicht richtig aber und eine petitio principii ist die Annahme, daß der eine oder andere Staat „das Gleiche thue", nämlich Befreiung von der Kautionspflicht für den Bürger des anderen Staats durch die Statuierung des Prinzips der Gegenseitigkeit ausspreche. Die angeführte Entscheidung wäre zweifellos zutreffend, wenn die Bestimmung der deutschen Civilprozeßordnung und des ungarischen Gesetzes dahin lautete: „Die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung tritt nicht ein, wenn in den Gesetzen des Staats, welchem der Kläger angehört, der Grundsatz der Gegenseitigkeit ausgesprochen ist". So lauten aber die Bestimmungen der beiden Gesetze nicht; sie verlangen vielmehr, daß nach den Gesetzen des andern Staats der Kläger im gleichen Falle zur Sicherheitsleistung nicht verpflichtet sei, also daß materiell Reciprocität gesetzlich festgestellt sei. Der in beiden Gesetzen ausgesprochene Grundsatz der Reciprocität ist zunächst ein bloßes Prinzip, das seinen praktischen Inhalt, seine Anwendbarkeit erst dadurch erhält, daß der eine oder der andere der beiden Staaten, sei es speziell den Angehörigen des andern Staats oder klagenden Ausländern im Allgemeinen ausdrücklich Befreiung von der Sicherheitsleistung gesetzlich garantiert. Mit anderen Worten: der Fall der Gegenseitigkeit tritt erst ein, wenn die eine Seite dem klagenden Angehörigen des andern Staats Befreiung von der Kautionspflicht gewährt. Der gesetzgeberische Gedanke der beiden Gesetze ist ohne Zweifel der, daß

die einseitig gewährte Befreiung von der Kautionspflicht durch die Gewährung der Reciprocität honoriert werden soll; diesem Gedanken würde aber die von dem erwähnten Urteil gewollte Berücksichtigung des in der Gesetzgebung eines andern Staats enthaltenen leeren Grundsatzes der Reciprocität nicht entsprechen.

Es lohnt vielleicht noch mit einem Worte die Frage zu berühren, ob sich die Aenderung der Bestimmungen des § 102 Abs. 2 Ziff. 1 der Civilprozeßordnung in dem oben angegebenen, der Entscheidung des Oberlandesgerichts entsprechendem Sinne empfiehlt. Die Frage dürfte zu verneinen sein, ebenso wie die Zweckmäßigkeit der Bestimmungen des § 102 Abs. 2 Ziff. 1 der Civilprozeßordnung mit Grund in Zweifel gezogen werden dürfte. Einmal wird durch den Grundsatz der Reciprocität — mag er nun im einen oder im andern Sinne verstanden werden — der beklagte Deutsche dem klagenden Ausländer gegenüber, der einem Staat mit nicht ausgebildeter oder nicht ordentlich fungierender Rechtspflege angehört, in die mißliche Lage versetzt, im Fall seines Obsiegens Kostenersatz möglicher Weise in einem Staat, der gar nicht Kulturstaat ist, zu suchen.

Ferner hat der beklagte Deutsche, der gegen den ausländischen Kläger siegt, in allen denjenigen Staaten, in denen wie z. B. in Ungarn nicht ohne Prüfung der Gesetzmäßigkeit der deutschen Entscheidung Vollstreckungsurteil gewährt wird, in einem neuen selbständigen Prozeß seinen Kostenersatz zu suchen. Er läuft damit die Gefahr, daß das ausländische Urteil dem deutschen Urteil nicht beifällt und deshalb die Klage auf Kostenersatz abweist. Wenn an der Ziff. 1 Abs. 2 § 102 der Civilprozeßordnung eine Aenderung geboten ist, so würde sie in einem Zusatz des Inhalts bestehen müssen,

„und wenn in diesem Staat die Vollstreckbarkeit des den Kläger zum Ersatz der Kosten verpflichtenden Urteils ohne Nachprüfung der Gesetzmäßigkeit der deutschen Entscheidung verbürgt ist".

I.

Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

A. in Civilsachen.

23.

Unrichtige Art der Messung einer Ware als Handelsbrauch?

Kläger hat dem Beklagten auf Bestellung 24 Stück Rindshäute zum Preis von 39 bezw. 46 Pfg. für den Quadratfuß geliefert; nach der Faktura enthielten die Häute 1588 Quadratfuß, Beklagter behauptete, der Meßgehalt der Häute sei ein geringerer und wollte nur diesen geringeren Meßgehalt bezahlen, worauf sich Kläger nicht einließ. Der zur Nachmessung der Häute vom Gericht bestellte Sachverständige hat erklärt: „die Rindsvachetten werden, sowohl in Stuttgart, wie am Rhein, üblicherweise in folgender Weise gemessen: die Länge der Haut wird vom Kopf bis zum Schwanz, ihre Breite von Nabel zu Nabel gemessen und durch Multiplikation dieser beiden Zahlen der Quadratinhalt gewonnen — übrigens halten sich nicht alle Fabrikanten an diese Uebung, es giebt auch solche, welche statt an dem Nabel zu messen, an einer breiteren Stelle der Haut messen, oder welche das Schwanzende mehr oder weniger mitmessen". Kläger hat bestritten, daß die zuerst angeführte Messungsart die allgemein übliche und die am Rhein gebräuchliche sei, und behauptet, daß am Ort seiner Handelsniederlassung, von wo aus die fragl. Häute von ihm abgesandt worden, nämlich in Mühlheim an der Ruhr, die allgemein übliche Art der Messung die sei, welche er auch bisher stets in seinen Lieferungen an

den Beklagten angewendet habe: die Länge der Haut werde vom „äußersten Hinterstoß" ab bis zur Halsspitze, ihre Breite an der 20 Zoll einwärts vom äußersten Hinterstoß gelegenen Stelle der Haut gemessen und durch Multiplikation der hiebei gewonnenen Zahlen der Flächeninhalt der Haut bestimmt; diese Art der Messung sei in Mühlheim fester Handelsgebrauch, und dieser nach Art. 279 und 336 H.G.B. auch für den Beklagten maßgebend; das vom Kläger fakturierte Maß sei sonach das richtige. Außer Streit ist, daß die Häute nach der Methode des Sachverständigen gemessen 1436¾ Quadratfuß, nach der Methode des Klägers gemessen 1588 Quadratfuß enthalten; der Preisunterschied beträgt 52½ M. Der Sachverständige hat hiezu bemerkt: auch bei seiner Berechnung von Nabel zu Nabel werde (davon sei er überzeugt) immer noch reichlicher gemessen als der Geometer bei Ausmessung der Haut messen würde, aber die vom Kläger angewendete Meßart ergebe ein Flächenmaß, das dem thatsächlichen Flächenmaß noch weit weniger entspreche, und als „ein positiv unrichtiges Maß" zu bezeichnen sei. Der Beklagte macht nun geltend: schon aus dieser Größe des Unterschieds gehe hervor, daß die vom Kläger befolgte Meßart unzulässig und Beklagter selbst dann nicht an sie gebunden sein würde, wenn sie in Mühlheim allgemein im Gebrauch wäre, weil ein solcher Gebrauch, der den Käufer so unverhältnismäßig benachteilige, gegen die guten Sitten und gegen Treu und Glauben verstoße.

Die Klage auf Bezahlung des Kaufpreises für 1588 Quadratfuß wurde abgewiesen aus folgenden

Gründen:

Die Verabredung, daß als Kaufpreis für die vom Beklagten bestellten Rindshäute 39 Pfg. und 46 Pfg. „für den Quadratfuß" zu bezahlen sei, ist im Zweifel — falls nicht eine abweichende Willensmeinung der Parteien klar erhellt — in dem Sinn aufzufassen, welchen die gemeinübliche Wortbedeutung dieses Ausdrucks an die Hand giebt, sonach dahin, daß der Preis zu berechnen sei nach der Anzahl von Quadratfußen, welche in der Fläche der einzelnen Häute bei genauer, mathe-

mathisch richtiger Ermittlung *wirklich* enthalten sind, woraus sich von selbst ergiebt, daß, wenn eine mathematisch *genaue* Ausmittlung dieser Zahl nicht ausführbar ist, weil die hiemit verbundene Umständlichkeit und Kostspieligkeit dem Bedürfnis des Handels widerstreitet, derjenige Preis gewollt ist, welcher sich ergiebt, wenn von mehreren im Handel ausführbaren und thatsächlich angewendeten Ermittlungsarten diejenige befolgt wird, welche das dem wirklichen Flächeninhalt *am meisten angenäherte* Ergebnis liefert. Daß aber von den verschiedenen, an sich möglichen und im Handel angewendeten Arten der Messung von Häuten die vom Kläger angewendete diese letztere Eigenschaft habe, behauptet der Kläger selbst nicht und es ist auch durch das Gutachten des Sachverständigen das Gegenteil dargethan.

Daß der Beklagte gleichwohl an diese Art der Messung und deren Ergebnis gebunden sei, ist dem Kläger nachzuweisen nicht gelungen. Eine bestimmte Art der Messung, als bloßes Mittel zu dem Zweck, die in einem Ding enthaltene Anzahl von Maßeinheiten zu erforschen, kann dieser ihrer Bedeutung nach Geltung überhaupt nur insoweit in Anspruch nehmen, als sie jenen Zweck zu erreichen geeignet ist, so daß die ungenaue Messungsart, auch wo sie allgemein gebräuchlich sein sollte, der genaueren, ob auch weniger gebräuchlichen, und auch die genauere der genausten, praktisch überhaupt noch ausführbaren, weichen muß, die gleichförmige Anwendung einer ungenauen Messungsart also eine rechtlich gleichgiltige Thatsache bildet, deren Uebung weder als Ausdruck eines Gewohnheitsrechts noch als Erscheinung eines Handelsgebrauchs im Sinne des Art. 279 des H.G.B., als einer für die Auslegung des Willens der Vertragschließenden im Zweifel *entscheidenden* Regel, angesehen werden kann, vielmehr Mißbrauch bleibt, wenn sie auch noch so lange und noch so allgemein Anwendung gefunden hätten. — In Art. 336 des H.G.B. können deshalb nicht mit den Maßen auch die Meßarten und Messungsgebräuche einbegriffen sein, da diese letzteren überhaupt nicht „geltende“ im Sinne jener Vorschrift sind.

Daß aber im vorliegenden Falle der Beklagte irgendwie den Willen bekundet hätte, den Mühlheimer Meßgebrauch als für die Preisberechnung der Häute bestimmend gelten zu lassen, kann nicht angenommen werden; insbesondere läßt sich hiefür der Umstand nicht anführen, daß Beklagter vom Kläger schon wiederholt Lieferungen von Häuten, welche in gleicher Weise, wie die im Streit befindlichen, gemessen und danach in ihrem Preise berechnet gewesen, angenommen habe, sofern der Beklagte in seinem Brief vom 9. November 1892 bezüglich der ganzen Sendung vom 27. Oktober 1892 „die unverhältnismäßig hoch notierte Quadratfußzahl" und daß „die Häute durchschnittlich um 3—4 Quadratfuß kleiner", also „zu groß gemessen" seien, gerügt, und in seinem Brief vom 9. Juni 1893 wenigstens Eine Haut als „zu klein" bemängelt hat; darin aber, daß bei der Bestellung der streitigen Sendung der Beklagte — wie er angiebt — bei des Klägers Versicherung „daß das richtige Maß komme," sich beruhigt hat, kann eine stillschweigende Unterwerfung des Beklagten unter die — wohl vom Kläger hiebei im Sinn gehabte, aber dem Beklagten nicht bekannt gegebene — Maßbestimmungsart oder unter die am Wohn- oder Niederlassungsort des Klägers nach dessen Behauptung übliche Art der Messung nicht gefunden werden, und zwar um so weniger, als der Beklagte, wie die Verhandlungen gezeigt haben, von jenem Mühlheimer Messungsbrauch (und wie es scheint, überhaupt vom Bestehen verschiedenartiger Messungsgebräuche) keine Kenntnis gehabt hat.

Es hat sonach Kläger damit, daß er die fraglichen Häute dem Beklagten nur unter der Bedingung, daß dieser sie als richtig gemessen anerkenne, oder zu Bezahlung des fakturierten Preises sich verstehe, zur Uebergabe angeboten hat, den Kaufvertrag nicht erfüllt, er kann deshalb auf Grund dieses Angebots auch nicht Erfüllung vom Beklagten verlangen, ist vielmehr mit diesem Verlangen, also mit dem Antrag auf Bezahlung des geforderten Kaufpreises, abzuweisen.

Für diesen Fall hat Kläger dazu, die Häute dem Beklagten um den richtig berechneten, vom Sachverständigen ermittelten

Preis zu überlassen, sich nicht erboten, auch einen auf Bezahlung dieses ermäßigten Preises gegen Ueberlassung der Häute gerichteten (eventuellen) Antrag nicht gestellt, wie andrerseits auch der Beklagte zur Uebernahme der Häute gegen Zahlung des richtig gestellten Kaufpreises sich nicht erboten hat.

Urteil des I. Civilsenats vom 15. Februar 1895 i. S. Henle g. Goldschmidt.

24.

Haftung eines Genossenschafts-Verbands aus einem Vertrag, den sein Vorstand (angeblich) in Ueberschreitung seiner statutenmäßigen Befugnisse abgeschlossen hat.

Namens des beklagten Verbandes württ. landwirtschaftlicher Genossenschaften und Molkereien hat dessen Vorstand, der Oberamtmann F., mit der Klägerin einen Kaufvertrag abgeschlossen, inhaltlich dessen der Verband der Klägerin für den gekauften Gegenstand, eine größere Quantität Mais, 5000 M. zu bezahlen hätte. Der auf Bezahlung dieser Summe nebst Zinsen gerichteten Klage gegenüber macht Beklagter geltend, daß sein Vorstand F. den Kauf in Ueberschreitung seiner statutenmäßigen Befugnisse abgeschlossen habe und der Kaufvertrag deshalb für den Beklagten unverbindlich sei.

Beklagter hat das Bestreiten seiner Verpflichtung im Wesentlichen auf die Behauptung, der jetzt beklagte Verband sei erst im Jahre 1893 gegründet worden, sowie auf den Inhalt der damals beschlossenen Statuten gestützt. Die in Betracht kommenden Bestimmungen der Statuten lauten: § 2. „Der Verband bezweckt die Förderung der genossenschaftlichen Arbeit und der Angelegenheiten der ihm angeschlossenen Genossen — 5) durch gemeinsame Beschaffung landwirtschaftlicher Verbrauchsstoffe, wie auch der zum Molkereibetrieb nötigen Maschinen, Gerätschaften, Hilfs- und Verbrauchsstoffe . . . .;“ § 3 Absatz 2. „Im Fall des gemeinsamen Warenbezugs durch Vermittlung des Verbandes befindet sich der letztere in der rechtlichen Stellung des Beauf-

tragten oder Kommissionärs im Sinne des Handelsgesetzbuches". § 10. „Die Organe des Verbands sind der Verbandstag (Generalversammlung), der Verbandsausschuß, der Verbandsdirektor". § 16. „Dem Verbandstag steht die oberste Entscheidung in allen Verbandsangelegenheiten zu, soweit sie nicht statutengemäß anderen Verbandsorganen übertragen ist. Seiner Beschlußfassung unterliegen insbesondere ..... 7) die Bestimmung, ob und in welcher Ausdehnung gemeinschaftliche Bezüge von Gebrauchsstoffen veranstaltet und welche Verbrauchsstoffe nur durch Vermittelung des Verbandes bezogen werden ..." § 22. „Den Verbandsvorstand bildet der Verbandsdirektor. — Der Verbandsdirektor hat den Verband nach innen und außen zu vertreten und das Interesse des Verbands und der ihm angehörigen Genossenschaften nach jeder Richtung hin zu wahren. — Dem Verbandsdirektor kommt die Führung der laufenden Geschäfte in Gemäßheit der Statuten und der Beschlüsse des Verbandstages, sowie des Verbandsausschusses zu." In allen Instanzen wurde der Klage gemäß erkannt. In den

Gründen

des Urteils zweiter Instanz ist ausgeführt:

I. Das Genossenschaftsgesetz vom 1. Mai 1889 enthält keine Bestimmung, aus welcher auf die Natur der dort in §§ 51 ff. behandelten Revisionsverbände geschlossen werden könnte. Wenn also auch Beklagter sich als ein solcher Verband darstellt, so ist damit über seine Parteifähigkeit nichts entschieden. Eine eingetragene Genossenschaft oder eine juristische Person ist er nicht. Indessen wird von der neueren Theorie und Praxis, der sich auch das Oberlandesgericht in mehrfachen Entscheidungen angeschlossen hat, Vereinen von der Art des beklagten Verbands unbedenklich die Gerichtsstandfähigkeit beigelegt, nämlich Vereinen mit einer Organisation von der Art derjenigen des Beklagten und mit einem Statut, das die Vertretung des Vereins regelt, worin ferner die Bedingungen des Ein- und Austritts der Mitglieder festgestellt sind und wonach der Verein unabhängig vom Wechsel seiner Mitglieder fortbesteht. Der vorige Richter hat daher den beklagten Verband mit Recht als einen

Verein angesehen, der als solcher klagen und verklagt werden kann. Es ist denn auch vom Beklagten seine Parteifähigkeit nicht mehr beanstandet.

II. Wenn aber auch der Vorstand des Beklagten ihn im Prozeß zu vertreten befugt ist und ihn überhaupt nach § 22 des Statuts nach außen zu vertreten, d. h. für ihn zu handeln hat, wo der Beklagte handeln muß oder will, so folgt daraus noch nicht, daß der Beklagte auch durch (außerprozeßualische) Rechtshandlungen seines Vorstands verpflichtet wird, die derselbe namens des Verbands, aber in Ueberschreitung seiner statutenmäßigen Befugnisse vorgenommen hat. Dem Statut des Beklagten fehlt eine den §§ 26 und 27 des Genossenschaftsgesetzes (vrgl. auch Art. 114, 116, 230, 231 H.G.B.) entsprechende Bestimmung, wonach „die Genossenschaft durch die von dem Vorstand in ihrem Namen geschlossenen Rechtsgeschäfte berechtigt und verpflichtet" wird und „gegen dritte Personen eine Beschränkung der Befugnis des Vorstands, die Genossenschaft zu vertreten, keine rechtliche Wirkung" hat.

III. Man mag nun dem Beklagten darin beipflichten, daß seinem Vorstand eine derart ausgedehnte Vollmacht, wie nach den angeführten Gesetzesbestimmungen dem Vorstand einer eingetragenen Genossenschaft oder einer Aktiengesellschaft, nicht zukommt. Es mag auch im Allgemeinen ein Verein wie der Beklagte durch Handlungen eines Vereinsorgans nur verpflichtet werden, wenn das betreffende Organ zu derartigen Rechtshandlungen statutenmäßig zuständig ist. Jedenfalls gilt aber der letztere Satz nur mit Einschränkungen.

Mit Rücksicht auf die Verkehrssicherheit ist nämlich die Regel durchbrochen, daß jemand durch Handlungen seines angeblichen Bevollmächtigten nur insoweit verpflichtet wird als die wirklich erteilte Vollmacht reicht; es ist anerkannt, daß Handlungen eines angeblichen Bevollmächtigten den, in dessen Namen dieser Bevollmächtigte handelt, trotz Mangels einer Vollmacht unter Umständen verpflichten, wenn dem angeblichen Bevollmächtigten von dem, in dessen Namen er handelt, eine Stellung angewiesen worden ist, die im Publikum den Glauben an seine

Bevollmächtigung zu derartigen Rechtsgeschäften erwecken muß: wer mit einem Mann in einer derartigen Stellung in gutem Glauben kontrahiert, soll nicht in seinem Vertrauen getäuscht werden; wer einem Andern eine solche Stellung anweist, hat es sich selbst zuzuschreiben, wenn zu seinem Nachteil jener diese Stellung mißbraucht [1]).

IV. Demgemäß gilt auch der Satz, daß der zur Vertretung eines Vereins von der Art des Beklagten befugte Vereinsvorstand nach außen im Zweifel als zum Abschluß solcher Rechtsgeschäfte Namens des Vereins ermächtigt zu gelten hat, die in den durch das Statut oder den Zweck gegebenen Geschäftskreis des Vereins fallen. Der Verein darf in solchen Fällen den Einwand, daß der Vorstand einer vorgängigen besonderen Ermächtigung zu derartigen Rechtshandlungen bedurft habe, einem Dritten gegenüber nicht geltend machen, der diese Beschränkung nicht kannte und nicht kennen mußte [2]).

V. Nach dem Statut des Beklagten hat der Verbandstag (nicht der Verbandsvorstand) darüber zu entscheiden, „ob und in welcher Ausdehnung gemeinschaftliche Bezüge von Verbrauchsstoffen veranstaltet werden". Ob der Verband — wie die Berufungsbegründung meint — nur Kommissionsgeschäfte abschließen, d. h. Aufträge zum Ankauf landwirtschaftlicher Verbrauchsstoffe ausführen durfte, kann dahingestellt bleiben. Denn jedenfalls steht fest, daß zu den Aufgaben des Beklagten — wie anderer ähnlicher Verbände — der Einkauf von landwirtschaftlichen Verbrauchsstoffen, also auch von Mais, gehörte und daß er solche Einkäufe in eigenem Namen zu machen hatte. Dem Verkäufer kann unter solchen Umständen nicht zugemutet werden, sich bei jeder Bestellung eines solchen Verbands zu vergewissern, ob dieser Bestellung entsprechende Aufträge von Verbandsgenossen zu Grund liegen. Das ist offenbar eine innere Angelegenheit des kaufenden Verbands: eben weil Beklagter in eigenem Namen (als „Kommissionär") kaufte, konnte es die Klägerin nicht

1) l. 11 § 4 D. 14,3; l. 1 § 9, § 5 Dig. 14,1; Thöl, H.R. 6. Aufl. § 65; Regelsberger, Pand. § 82 Note 9.

2) Vrgl. arg. R.G. bei Seuffert 40 Nr. 271; s. auch Motive zu § 44 E.B.G.B. Bd. 1 S. 98.

berühren, ob der Nachfrage des Beklagten Bestellungen von Verbandsgenossen zu Grunde lagen oder nicht. Es ist daher unerheblich, wenn der fragliche Mais nicht von Verbandsgenossen beim Beklagten bestellt war, sollte auch je Beklagter statutenmäßig gehalten gewesen sein, sich auf die Ausführung solcher Bestellungen zu beschränken.

VI. Aber auch das wäre unerheblich, daß — nach der Behauptung des Beklagten — kein Verbandstag den Ankauf von Mais und dergl. beschlossen bezw. dem Vorstand zu solchem Ankauf Ermächtigung erteilt hat. Der Ankauf von Futtermitteln fällt in den durch Statut und Zweck des beklagten Verbandes gegebenen Geschäftskreis desselben. Die mit dem Vorstand kontrahierende Klägerin durfte daher voraussetzen, daß der Verbandsvorstand zu seinem Einkauf ermächtigt sei; umsomehr, als dieser Vorstand ein staatlicher Bezirksbeamter war, seitens dessen eine Ueberschreitung seiner Befugnisse nicht unterstellt werden konnte, und als das Geschäft an sich — der Kauf von etwa 170 Wagen Mais seitens des Verbands württ. landwirtschaftlicher Genossenschaften und Molkereien zur Zeit der Futternot — nichts Auffallendes hatte. Wenn Klägerin je von der Bestimmung des Statuts Kenntnis hatte, wonach über den Ankauf von Futtermitteln der Verbandstag zu entscheiden hat, so durfte sie doch annehmen, daß die Ausführung der Beschlüsse des Verbandstags dem Vorstand obliege, und sie durfte — in Ermangelung besonderer Verdachtsgründe — unterstellen, daß der Vorstand des Beklagten bei dem Kauf in Ausführung eines Verbandstagsbeschlusses handle.

(In Ziff. VII wird ausgeführt, daß thatsächlich ein Beschluß des Verbandstags in Betreff des Ankaufs von Mais vorgelegen sei und bemerkt:) „Der Einkauf von Mais war somit Sache des beklagten Verbands. Daß kein Beschluß vorlag, der den Vorstand zu Einkäufen von dem Umfang, wie sie angeblich erfolgt sind, ermächtigte, mag richtig sein, ist aber nach dem oben Ausgeführten gleichgiltig; ebenso ist es unerheblich, wenn der in Frage stehende Kauf als ein Spekulationsgeschäft zu bezeichnen sein sollte".

Urteil des I. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 2. November 1894 i. S. Verband württ. landwirtschaftlicher Genossenschaften und Molkereien g. Hirsch.

In den Gründen des die Revision zurückweisenden Urteils des Reichsgerichts ist u. a. gesagt: Das Berufungsgericht gelange zu dem Ergebnisse, daß der fragl. Vertrag trotz dem Mangel eines Beschlusses über den Umfang der zu beschaffenden Futtermittel, weil von dem Vorstande namens des Beklagten abgeschlossen, für letzteren verbindlich sei. „Es mag sein, daß einzelne Teile der hierher gehörigen Ausführungen so verstanden werden können, als ob der Berufungsrichter nicht sowohl Gewicht legte auf die Bedeutung des kritischen Beschlusses, sondern nur eine Erkundigungspflicht Dritter mit dem Vorstande kontrahierender Personen über den Umfang der Vertretungsbefugnis des Vorstands (soweit jener beschränkte Beschluß in Frage steht) negieren wollte. Aber schließlich bezwecken die Ausführungen doch den Nachweis, daß der Beschluß über den Umfang der anzuschaffenden Futtermittel nach den Statuten nur eine innere Angelegenheit des Verbandes, nur den Auftrag desselben an seinen Vorstand betreffe, die Vertretungsbefugnis, die aus § 22 zu entnehmende Vollmacht des Vorstandes zum Abschluß des Vertrags mit der Klägerin aber nicht berühre. Hierin kann ein Rechtsirrtum nicht erblickt werden. Die Richtigkeit dieser Auffassung ergiebt sich auch aus der naheliegenden Erwägung, daß der dritte Kontrahent nicht in der Lage ist, zu prüfen, ob, wenn ein Beschluß der fraglichen Art vorliegt, der Vorstand sich bei dem Abschluß eines Geschäftes innerhalb des beschlossenen Maßes der Anschaffung hält, da der Vorstand ja mit Anderen schon zuvor gleiche Abschlüsse gemacht haben kann."

25.

Abtretung einer gegen die württ. Gebäude-Brandversicherungsanstalt zustehenden Brandentschädigungsforderung.

Am 1. Januar 1892 ist das Wohn- und Fabrikgebäude des Fabrikanten Sch. in B. abgebrannt. Am 27. Oktober 1892 hat

Sch. von seiner Forderung gegen die württ. Gebäude-Brandversicherungskasse 1000 M. an den Kläger formlos abgetreten; damals war das abgebraunte Anwesen erst teilweise wieder aufgebaut und die Brandentschädigungsgelder, soweit sie nicht bereits an Sch. ausbezahlt waren, noch nicht angewiesen. Am 14. Dezember 1892 wurde über das Vermögen des Sch. der Konkurs eröffnet. Der Rest der Brandentschädigung wurde dem Konkursverwalter ausbezahlt, indem der Verwaltungsrat der Gebäude-Brand-Versicherungsanstalt die Berücksichtigung der ihm angezeigten Abtretung der 1000 M. an den Kläger verweigerte, weil die Cession den gesetzlichen Erfordernissen nicht entspreche. Die Klage des Klägers gegen den Konkursverwalter auf Herausgabe der 1000 M. ist in zweiter Instanz abgewiesen worden aus folgenden

Gründen:

Die Klage wird darauf gestützt, daß Fabrikant Sch. dem Kläger am 27. Oktober 1892 1000 M. an seiner ihm gegen die Brandentschädigungskasse zustehenden Forderung abgetreten habe. Diese Summe sei anstatt an den Kläger an die Konkursmasse des Sch. bezahlt worden, diese also ungerechtfertigt bereichert und sie sei daher nach § 52 Ziff. 3 Konkursordnung zu Herausgabe der Bereicherung verpflichtet. Die Klage ist nicht begründet, denn die Cession entbehrt nach Art. 36 des Gesetzes vom 14. März 1853, betr. die veränderte Einrichtung der allgemeinen Brandversicherungsanstalt, die rechtliche Giltigkeit.

Die württ. Gebäude-Brandversicherungsanstalt ist ein staatliches Institut auf Gegenseitigkeit, zu welchem die Gebäudebesitzer beizutreten gezwungen sind. Das Gesetz vom 14. März 1853 wurde durch die Wahrnehmung herbeigeführt, daß die Brandfälle sich erheblich vermehrten und die Brandentschädigungen und damit die Umlagen sich vergrößerten.

Die Grundlagen des Gesetzes vom 14. März 1853 sind einerseits das Generalreskript vom 17. Dezember 1807, die neue Brandversicherungsanstalt betreffend, zum Teil abgeändert durch das Gesetz vom 28. März 1828, betreffend die Abänderung einiger Bestimmungen der Brandschadenversicherungsordnung, anderer-

seits aber das Großh. Bad. Gesetz vom 29. März 1852, die Versicherungsanstalt der Gebäude betreffend [1]).

Nach diesen beiden Grundlagen aber ist die Abtretung der Brandentschädigungsgelder mit einer Ausnahme unzulässig und ungiltig.

Das Gesetz vom 14. März 1853 bezeichnet sich selbst als eine Revision der Bestimmungen inbetreff der für die Versicherung der Gebäude gegen Brandschaden bestehenden Landesanstalt. In dem Begleitungsvortrag des K. Ministeriums des Innern vom 13. Mai 1851 bei Einbringung des Gesetzentwurfes [2]) sind unter 9 Ziffern die Hauptgrundsätze des bisherigen Rechts aufgeführt und in der Folge dargelegt, welche Aenderungen nötig seien und welche Grundsätze beigehalten werden sollen.

Der Entwurf und das neue Gesetz unterscheiden sich im wesentlichen von dem bisherigen Recht dadurch, daß die Gebäude nicht mehr nach dem Verkaufswert, sondern nach dem Bauwert geschätzt werden sollen, daß zu dem Schätzungsverfahren nicht mehr Schätzer des gleichen Orts, sondern auswärtige beigezogen werden sollen, daß eine Klasseneinteilung der Gebäude nach der Gefährlichkeit eingeführt wurde und an die Spitze der Anstalt ein Verwaltungsrat zur Besorgung der Geschäfte, welche bisher den Kreisregierungen oblagen, gestellt wurde. Unter Ziff. 8 war sodann gesagt, nach bisherigem Recht sei die Entschädigung zum Wiederaufbau des abgebrannten Gebäudes zu verwenden, und in den Bemerkungen hiezu heißt es: „an dem bestehenden Grundsatz, daß die Entschädigungen zum Wiederaufbau des abgebrannten Gebäudes zu verwenden sind, wird im Entwurfe festgehalten, wie diese Vorschrift auch in anderen Staaten gilt und wie notwendig ist, soll nicht der Reiz zum Brandstiften in gemeinschädlicher Weise genährt werden."

Der § 23 des Generalreskripts vom 17. Dezbr. 1807 bestimmt aber: „gleich wie die Brandversicherungsanstalt hauptsächlich die jedesmalige Wiederaufbauung der abgebrannten Ge-

1) S. Badisches Regierungsblatt von 1822 S. 85.

2) S. Verhandlung der Kammer der Abgeordneten von 1851—52, 1. Beilagenband S. 113.

bäude zur Absicht hat, also sind die Entschädigungsgelder zu keinem andern als diesem Zweck zu verwenden." „Nie darf auf diese Gelder ein Arrest oder eine Konfiskation erkannt, oder dadurch eine andere Ausgabe bestritten oder eine Schuld getilgt werden."

Hiemit ist die Abtretung solcher Gelder für unzulässig erklärt und verboten, und diese Fürsorge geht so weit, daß den Amtspflegern und Ortsvorstehern aufgegeben ist, nötigenfalls einen Baupfleger aufzustellen, welcher mit den Handwerksleuten selbst die erforderlichen Akkorde abzuschließen und ihnen die Zahlungen zu machen hat.

Das Großh. Bad. Gesetz bestimmt in dem 6. Abschnitt § 51: „Die Entschädigungsgelder sind vollständig zur Wiederherstellung der durch Feuer oder durch Feuerlöschmaßregeln zerstörten oder beschädigten Gebäude zu verwenden. Die Gemeinderäte haben über den Vollzug dieser Bestimmung zu wachen." In dem dem Art. 36 des württ. Gesetzes entsprechenden § 52 aber wird gesagt:

„Die Brandentschädigungsforderung kann ganz oder teilweise nur an diejenigen abgetreten werden, von denen der Forderungsberechtigte auf Kredit Baumaterialien und Bauarbeiten zur Wiederherstellung seines abgebrannten oder beschädigten Gebäudes, oder zu gleichen Zwecken bare Vorschüsse erhalten hat. Diese Abtretung ist jedoch nur giltig, wenn sie vor dem Bürgermeister des Cedenten erklärt, unter dessen Beglaubigung niedergeschrieben und der Brandversicherungskasse durch Mitteilung dieses Aktes verkündet worden ist und wird erst wirksam, wenn die Bedingungen, unter welchen der Eigentümer die Zahlung der Brandentschädigungssumme erlangen kann, wirklich erfüllt worden sind." Hier sind alle sonstigen Abtretungen ausdrücklich für ungiltig erklärt. Daß es sich aber bei dem württ. Gesetz in Art. 36 nicht um eine Aenderung des Sinns, sondern nur um eine Fassungsänderung gehandelt hat, ergiebt sich aus den Motiven zu Art. 35—40 des Entwurfs [1]); denn hier wird ausgeführt, es müsse in der Regel verlangt werden, daß das Gebäude auf der alten Baustelle, statt wie nach dem bad. Gesetz auf dem alten Platze oder Hofraum, wieder errichtet werde.

1) S. eodem S. 123.

Sodann wird fortgefahren: „Im übrigen entsprechen die Vorschriften des Abschnittes der Praxis und dem im Großherzogtum Baden geltenden Gesetze.“

Allein auch ohne diese Anhaltspunkte ergiebt sich aus dem Gesetz vom 14. März 1853 selbst, daß eine ohne die Erfordernisse des Art. 36 erfolgte Abtretung von Brandentschädigungsgeldern ungiltig ist.

Es ist richtig, daß das Gesetz beabsichtigt, dem Reiz zu Brandstiftungen dadurch entgegenzutreten, daß es vorschreibt, die Brandentschädigungsgelder sollen zum Wiederaufbau der Gebäude verwendet werden. Allein zu diesem Zweck hätte es genügt, wenn bestimmt worden wäre, daß die Ausbezahlung der Entschädigungsgelder in angemessenen Abteilungen nach Maßgabe des Fortschritts des Wiederaufbaus erfolge, daß die Entschädigungsgelder nicht eher auszubezahlen seien, als bis der Wiederaufbau in gleichem Wert nachgewiesen sei, daß ferner, wenn der Wiederaufbau binnen 10 Jahren nicht erfolge, der Anspruch auf Entschädigung ganz oder zum entsprechenden Teil verloren gehe. Es hätte dem Interesse des einzelnen Beschädigten überlassen werden können, ob er das Gebäude wieder aufbauen oder dies unterlassen und der Entschädigung verlustig gehen wolle. Es war nicht nötig, vorzuschreiben, die Brandentschädigungsforderungen können nicht zu Gunsten dritter Personen mit Arrest belegt oder als Gegenstand der Hilfsvollstreckung behandelt werden. Es wäre hinreichend gewesen, zu bestimmen, daß dieselben nur mit der Beschränkung mit Beschlag belegt werden können, daß die Ausbezahlung nicht bälder erfolgen könne, als bis das Gebäude wieder hergestellt sei, wie bedingte und betagte Forderungen Gegenstand der Zwangsvollstreckung sein können. Die gleiche Vorschrift hätte bei der Abtretung der Entschädigungsgelder und bei der Wegveräußerung von der Brandstelle genügt. Daraus, daß das Gesetz noch weitere Vorschriften trifft, geht hervor, daß dasselbe noch einen weiteren Zweck verfolgt. Diesen Zweck spricht das Generalreskript von 1807 ausdrücklich aus: daß nämlich die Brandversicherungsanstalt hauptsächlich die jedesmalige Wiederaufbauung der abgebrannten Gebäude zur Absicht habe. Es

liegt im Interesse des Staats, daß die abgebrannten Gebäude wieder aufgebaut werden. Dies will das Gesetz befördern und zwar dadurch, daß es thunlichst verhindert, daß die Brandentschädigungsgelder dem Beschädigten entzogen und zu andern Zwecken verwendet werden. Deshalb bestimmt das Gesetz in Art. 34, die Entschädigungsgelder seien vollständig zur Wiederherstellung der zerstörten oder beschädigten Gebäude zu verwenden; kein Pfandgläubiger könne die Entschädigungsgelder in Anspruch nehmen, sondern er müsse die Wiederherstellung des Gebäudes abwarten; die Brandentschädigungsgelder können, außer in einem bestimmten Fall, nicht abgetreten werden und sie können auch nicht Gegenstand der Hilfsvollstreckung sein. Da jedoch die Ausbezahlung der Gelder nur nach Maßgabe des Fortschritts des Wiederaufbaus erfolgen soll, der Beschädigte also schon gebaut haben muß, wenn er die Gelder erhalten will, so könnte sich der Fall ereignen, daß der Beschädigte, wenn er sonst keine Mittel hat und keinen Kredit erhält, überhaupt nicht bauen oder den Bau nicht fortsetzen kann. Für diesen Fall macht das Gesetz eine Ausnahme von dem Verbot der Abtretung der Gelder, damit sich der Beschädigte auf die festgesetzte Entschädigung Kredit verschaffen kann. Allein auch hier schreibt das Gesetz gewisse Bedingungen vor. Die Gelder können nur an Diejenigen abgetreten werden, von denen der Brandbeschädigte auf Kredit Baumaterialien oder bare Vorschüsse erhalten hat; wie das badische Gesetz in § 51 bestimmt, die Gemeinderäte haben über die Verwendung der Gelder zur Wiederherstellung der Gebäude zu wachen, so soll die Abtretung nach Art. 36 cit. nur dann wirksam sein, wenn sie vor dem Ortsvorsteher des Beschädigten erklärt und anerkannt wird; dazu soll sie der Brandversicherungskasse durch Mitteilung der vom Ortsvorsteher aufgenommenen Urkunde verkündet werden. Der Zweck ist, möglichst Scheingeschäfte zu verhüten.

Aus dem Bisherigen ergiebt sich, daß, wenn das Gesetz ausspricht, die Entschädigungsgelder können an Diejenigen abgetreten werden, von denen der Brandbeschädigte Vorschüsse erhalten hat, und welche die vorgeschriebenen Formen einhalten,

es eben damit sagt, daß die Gelder an solche nicht abgetreten werden können, welche die in Art. 36 aufgestellten Bedingungen nicht erfüllen, daß also derartige Cessionen, weil sie dem Zweck des Gesetzes nicht entsprechen, ungiltig seien.

Zweifel könnte erregen, daß der Art. 36 sich dahin ausdrückt: „diese Abtretung werde jedoch gegen die Brandversicherungskasse nur dann wirksam, wenn u. s. w." Hieraus könnte man schließen wollen, daß die Abtretung, wenn sie den nachfolgenden Bedingungen nicht entspreche, wohl gegen Dritte, nicht aber gegen die Brandversicherungskasse wirksam werde. Dies hätte die Bedeutung, daß zwar die Kasse nicht verpflichtet wäre, an einen solchen Cessionar zu zahlen, daß derselbe aber nach den gewöhnlichen Grundsätzen des Civilrechts das Gezahlte einem späteren Cessionar wegzunehmen befugt wäre, weil in dessen Vermögen etwas gekommen wäre, was dem ersteren gehört.

Allein dies kann von dem Gesetz nicht gewollt sein. Es hätte zur Folge, daß, wenn eine unförmliche Cession früher, eine dem Gesetz entsprechende später erfolgt wäre, der frühere Cessionar dem späteren die diesem ausbezahlten Entschädigungsgelder wieder wegnehmen könnte. Dies würde aber dem Zweck des Gesetzes direkt widersprechen. Der Cessionar, welcher dem Beschädigten Kredit gegeben und die Anordnungen des Gesetzes befolgt hat, könnte nicht sicher darauf rechnen, daß ihm die Entschädigungsgelder verbleiben, er könnte also auch nicht auf diese hin mit Sicherheit Kredit gewähren. Wenn das Gesetz ausspricht, denjenigen, welche die Bedingungen des Gesetzes erfüllen, können die Entschädigungsgelder abgetreten werden, den andern aber nicht, so will das Gesetz auch, daß die bezahlten Gelder den ersteren verbleiben.

Versagt aber eine solche Auslegung bei einem solchen wesentlichen Punkt, so kann ein derart ungewöhnliches Rechtsverhältnis einer relativen Ungiltigkeit nicht als gewollt angesehen werden. Es läßt sich überhaupt für eine solche Unterscheidung zwischen „unwirksam gegen die Brandversicherungskasse" und „unwirksam gegen Dritte" kein Grund finden; und nicht ersichtlich

ist, warum eine Cession, die das Gesetz Dritten gegenüber als giltig und wirksam behandelt, der Brandversicherungskasse gegenüber unwirksam sein sollte; denn um die Brandversicherungskasse der Mühe der Prüfung der Aktivlegitimation und der Mühe der Vormerkung der Cession zu entheben, wären die Vorschriften des Art. 36 nicht getroffen worden, insbesondere wäre nicht einzusehen, warum nicht eine von einem Notar beglaubigte Cessionsurkunde genügt haben würde.

Demgemäß ist anzunehmen, daß eine den Vorschriften des Art. 36 nicht entsprechende Abtretung nicht bloß der Brandversicherungskasse gegenüber, sondern auch für Dritte unwirksam ist, wie dies auch das badische Gesetz ausspricht.

Wie sich die Sache verhalten möchte, wenn die Cession an den Kläger nach erfolgtem Wiederaufbau des Hauses, bezw. nach Anweisung der restlichen Brandentschädigungsgelder erfolgt wäre, braucht nicht entschieden zu werden, denn die Cession an den Kläger ist am 27. Oktober 1892 erfolgt, während der Aufbau des Hauses frühestens im Sommer 1893 vollendet war und die Brandentschädigungsgelder erst im November 1893 angewiesen wurden. Zur Zeit der Cession stand aber noch nicht mit Sicherheit fest, welcher Betrag zur Vollendung der Gebäude nötig sein werde. Von einer Konvaleszenz der von Anfang an ungiltigen und formlosen Cession mit Eintritt des Wiederaufbaus des Gebäudes kann keine Rede sein. Der Art. 36 giebt keinen Anhaltspunkt für eine solche Konvaleszenz, im Gegenteil spricht derselbe unbeschränkt die Unwirksamkeit einer solchen formlosen Cession aus; sodann aber würde eine solche Konvaleszenz dem Zweck des Gesetzes widersprechen. Nicht allein würden alle Baugläubiger, welche dem Brandbeschädigten ohne Sicherheit und im Vertrauen darauf, daß keine Cession bei der Brandversicherungskasse vorgemerkt sei, durch das Auftauchen einer nachträglich giltig gewordenen Cession getäuscht werden, sondern es könnte auch auf den Rest der Brandentschädigungsgelder nicht mehr in formrichtiger Weise kreditiert werden, wenn der Gläubiger zu befürchten hätte, gegen eine frühere erst nachträglich giltigwerdende, ihm bisher unbekannte Cession zurücktreten zu müssen.

Nach dem Bisherigen ist die Cession der Brandentschädigungsgelder von 1000 M. an den Kläger als ungiltig zu behandeln. Der Kläger hat kein Recht auf den Brandentschädigungsanspruch des Fabrikanten Sch., sondern nur ein obligatorisches Recht gegen den letzteren erlangt und es ist daher ein Aussonderungsanspruch oder ein Anspruch des Klägers gegen die Konkursmasse aus ungerechtfertigter Bereicherung nicht begründet, somit die Klage abzuweisen.

Urteil des I. Civilsenats des Oberlandesgerichts v. 5. April 1895 in S. Schütt'sche Konkursmasse gegen Lemberger.

26.

Honorarforderung für einen bei einem Wettbewerb für ein Bauwesen auf Aufforderung des Bauherrn eingereichten Bau-Entwurf.

Die Beklagte beabsichtigte auf einem von ihr erkauften Bauplatz in Heilbronn ein neues Bankgebäude um ca. 70000 M. errichten zu lassen und versandte an 5 Heilbronner Architekten (darunter den jetzigen Kläger) je ein Schreiben, datiert den 11. August 1893, folgenden Inhalts:

„Wir erlauben uns, Sie einzuladen, uns bis Ende ds. in Skizzenform einen Entwurf zu unserem Neubau einzureichen, indem wir bemerken, daß demjenigen Herrn die Bauleitung übertragen wird, dessen Plan die Genehmigung unseres Aufsichtsrats findet."

Die 5 Architekten reichten Ende September 1893 die gewünschten Entwürfe ein, der Kläger und der Architekt D. bekamen jedoch ihre Entwürfe am 31. Oktbr. mit folgendem Schreiben zurück:

„Es thut uns sehr leid, Ihnen mitteilen zu müssen, daß die Sachverständigen-Kommission, welche am Samstag die bei uns eingelaufenen Baupläne begutachtete, Ihre Arbeit von der engeren Konkurrenz, welche demnächst stattfindet, ausgeschlossen hat. Wir danken Ihnen für die viele Mühe, welche Sie sich gaben, und bedauern, Ihnen kein günstigeres Ergeb-

nis mitteilen zu können. Ihre Entwürfe lassen wir Ihnen anbei wieder zugehen."

Am 1. November 1893 schrieb alsdann die Beklagte den 3 anderen Architekten, der Aufsichtsrat habe auf Vorschlag der Sachverständigen beschlossen, sie in engere Konkurrenz treten zu lassen, um auf Grund des mitfolgenden — im Brief näher beschriebenen — Programms eine neue Skizze auszuarbeiten, welche bis spätestens 10. ds. einzureichen sei. Die Bauleitung erhalte der Sieger, während die beiden andern Herren durch den Ankauf ihrer Pläne entschädigt werden.

Auf Grund dieser neuen Skizzen bekam Architekt Z. die Bauleitung übertragen; M. und L. erhielten dagegen je eine Vergütung von 300 M. ausbezahlt.

Der Kläger, welcher schon in einem Brief vom 7. Novbr. 1893 gegen das von der Beklagten bei dem Wettbewerb eingehaltene Verfahren Protest erhoben hatte, schickte der Beklagten Ende November 1893 eine Rechnung über den von ihm gefertigten Entwurf ein, worin er hiefür unter Zugrundelegung der allgemeinen Architektentaxe („Norm zur Berechnung des Honorars für Arbeiten des Architekten und Ingenieurs, aufgestellt vom Verbande deutscher Architekten- und Ingenieur-Vereine und vom Vereine deutscher Ingenieure 1888") 420 M. berechnete.

Die auf Bezahlung dieser Summe gerichtete Klage wurde in erster Instanz abgewiesen, mit der Begründung, daß das Schreiben vom 11. August keine Bestellung, sondern nur eine Einladung zu einem kostenlosen Wettbewerb, zur Stellung eines genau ausgearbeiteten Vertragsanerbietens behufs Erlangung der Bauleitung enthalten habe.

Auf Berufung des Klägers wurde die Beklagte dem Klagantrag gemäß verurteilt aus folgenden

Gründen:

Die Arbeit, zu deren Leistung der Kläger mit dem Schreiben vom 11. August 1893 aufgefordert wurde, die Lieferung eines skizzenhaften Entwurfs zu einem Neubau, war eine solche, welche Architekten gewöhnlich nur gegen Bezahlung liefern und für welche zudem in der allgemein anerkannten Architektentaxe ein beson-

deres, nicht unbedeutendes Honorar vorgesehen ist. Der Beklagten bezw. deren Vertretern, welche durch Bauverständige beraten waren, mußte das bekannt sein.

Es ist daher Sache der Beklagten, besondere Umstände nachzuweisen, aus welchen im gegenwärtigen Falle ausnahmsweise die Unentgeltlichkeit der von ihr veranlaßten Arbeitsleistung des Klägers hervorgehen soll.

Die Beklagte macht nun geltend, daß es sich hier überhaupt nicht um eine Bestellung eines Entwurfs, sondern nur um einen kostenlosen Wettbewerb behufs Erlangung der in Aussicht gestellten Bauleitung gehandelt habe. Der Kläger bestreitet auch nicht, alsbald davon Kenntnis erhalten zu haben, daß die gleiche Aufforderung zur Einsendung eines Entwurfs zugleich an mehrere (zusammen fünf) Architekten in Heilbronn erging. Er wußte also und mußte dies schon aus dem Inhalt des Schreibens vom 11. August ersehen haben, daß mittelst der gewünschten Entwürfe zugleich ein Wettbewerb um die Bauleitung eröffnet wurde.

Allein diese gleichzeitige Eröffnung eines Wettbewerbs schloß die Entgeltlichkeit der einzelnen zum Zweck derselben gemachten Leistungen (Entwürfe) noch keineswegs aus. Nur für öffentliche Konkurrenzausschreiben ist regelmäßig zu unterstellen, daß der Ausschreibende sich nicht verpflichten will, alle einkommenden Arbeiten (Pläne, Entwürfe rc.), deren Zahl und Güte er vorher nicht ermessen kann, je besonders zu honorieren, mit allen Konkurrenten in ein Vertragsverhältnis einzutreten, wie auch andrerseits hier jeder sich an der Konkurrenz Beteiligende des Risikos, daß die von ihm aufgewendete Arbeit in Folge Ueberholung durch einen Andern umsonst sein könne, sich bewußt ist. Wenn vielmehr hier überhaupt ein Verpflichtungswille zu Grunde liegt, wenn also eine sog. Auslobung oder ein Preisausschreiben vorliegt, so ist die Verpflichtung des Ausschreibenden regelmäßig auf die Gewährung der ausgeschriebenen Gegenleistung (Belohnung) und zwar auf die einmalige Gewährung derselben beschränkt, auch ist diese Verpflichtung gewöhnlich durch die Bedingungen des Ausschreibens (Belohnung der ersten, der besten Leistung; Einsetzung eines Preisgerichts, Aussetzen von

einzelnen Preisen, Ankauf weiterer Pläne, Rückgabe der nicht prämiierten Arbeiten ꝛc.) genau begrenzt [1]).

Auch bei einer engeren Konkurrenz, bei einer Aufforderung nur an bestimmte einzelne Künstler und Architekten, kann eine solche Absicht erkennbar sein, so namentlich dann, wenn — neben der in Aussicht gestellten Uebertragung des geplanten Unternehmens oder auch ohne dieselbe — einzelne Preise ausgesetzt sind, da hiedurch deutlich zum Ausdruck gebracht ist, daß — abgesehen von der Uebertragung des Unternehmens — nur diese Preise die Belohnung für die einkommenden Arbeiten bilden sollen. Und auch ohne Aussetzen bestimmter Preise für einzelne Arbeiten kann in der Uebertragung des auszuführenden Unternehmens für sich allein mit Rücksicht auf die pekuniären Vorteile, auf den künstlerischen Ruf, auf die öffentliche oder nationale Bedeutung ein so günstiges Aequivalent geboten sein, daß anzunehmen ist, schon die Aussicht auf die Erlangung dieser Uebertragung werde einen genügenden Anreiz für die Aufgeforderten geben, mit ihrer Arbeit ohne das übliche Entgelt und lediglich in der Hoffnung, als Sieger hervorzugehen und das geplante Unternehmen ausführen zu dürfen, in Konkurrenz zu treten und bloße Vertragsanerbietungen zu machen.

So liegen jedoch im gegenwärtigen Falle die Verhältnisse nicht.

Das Bauwesen, für welches die „Bauleitung" mittels der zu liefernden Entwürfe erlangt werden sollte, kann als ein besonders hervorragendes nicht bezeichnet werden, die Kostenanschlagssumme betrug nicht über 70000 M., der Bau gehörte nach seinem Rang unbestritten in die III. Klasse der „Norm", war also kein besonders reicher, ein öffentliches Interesse war nicht im Spiel und die in Aussicht gestellte „Bauleitung" bot auch in pekuniärer Hinsicht keine außerordentlichen Vorteile. Denn selbst wenn unter dieser Bauleitung nicht bloß (wie Kläger behauptet) die in § 4 Ziff. 5 der Norm aufgeführte „generelle Bauaufsicht", eine neben der Lieferung des skizzenhaften Ent-

1) Vangerow, Pand. § 603 Anm. 2 Ziff. 6 und 7; Regelsberger, civilr Erörterungen S. 204, 209—211; Holzschuher, Th. und C., 3. Aufl. III S. 297 ff.

wurfs, Ziff. 1 daselbst, besonders (bei 70 000 M. Kostenanschlag mit nur 1,5 % oder 980 M.) zu honorierende Arbeitsleistung zu verstehen ist, sondern damit die Uebertragung sämtlicher Arbeiten, welche ein Architekt bei einem Bauwesen zu verrichten hat, die Gesamtleistungen im Sinne des § 5 der Norm, gemeint waren, so betrug auch im letzteren Fall das in Aussicht stehende Honorar nur 3850 M. (5,5 % von 70 000 M.). Daß der Kläger lediglich wegen der ungewissen, im Verhältnis von 1 gegen 4 möglichen Aussicht, eine solche Arbeit zum Preise von nicht ganz 4000 M. übertragen zu erhalten, sich zur unentgeltlichen Leistung einer für sich schon mit 420 M. (0,6 % von 70000 M.) zu honorierenden Arbeit herbeigelassen haben sollte, kann um so weniger angenommen werden, als der Inhalt der Aufforderung, im Gegensatz zu den üblichen öffentlichen Preisausschreiben, keine Garantien hinsichtlich der Entscheidung über die Uebertragung der Bauleitung gewährte, sondern hierüber der Beklagten völlig freie Hand ließ — wie denn auch auf Grund des Ausschreibens vom 11. August keiner der aufgeforderten 5 Architekten die Bauleitung erhielt. Ferner ist zu beachten, daß es sich bei den gewünschten Entwürfen, wie die Beklagte selbst zugiebt, um die Lösung eines „schwierigen Problems", um möglichst geschickte und praktische Ausnutzung eines wegen seiner Form (Schlittenform) ungünstigen Baugrundes handelte. Für die Beklagte war aus diesem Grunde die Lieferung von mehreren Entwürfen seitens verschiedener Architekten von besonderem Wert und es ist durchaus nicht als „widersinnig" zu bezeichnen, daß sie allein für diese Entwürfe bei einer Gesamtbausumme von 70000 M. einen Aufwand von rund 2000 M. zu machen beabsichtigt haben sollte. Auch konnte sie, wenn nach der Norm (§ 7 g) schon die mehreren Entwürfe eines und desselben Architekten je besonders zu honorieren sind, keineswegs annehmen, daß die von ihr aufgeforderten 5 Architekten der zur Lösung jenes schwierigen Problems erforderlichen vielen Mühe und Arbeit ohne das übliche Entgelt lediglich in der unsicheren Aussicht auf die nicht besonders vorteilhafte Bauleitung sich unterziehen würden.

Unter diesen Umständen hätte daher die Beklagte in ihrem Ausschreiben die Absicht der Nichtbezahlung des üblichen Honorars für die gewünschten Entwürfe deutlich zum Ausdruck bringen müssen. Dies ist nicht geschehen.

Die Form der Einladung ist die übliche Höflichkeitsform bei Konkurrenzausschreiben, sie schließt so wenig wie die Form der Bitte nach der für den Verkehr mit Künstlern, Architekten &c. herrschenden Sitte das Bestehen eines Verpflichtungswillens aus und wenn in dem Brief nur ein Entwurf in „Skizzenform" gewünscht wurde, so deckt sich dieser Ausdruck mit der Beschreibung des nach § 4 Ziff. 1 der Norm besonders zu honorierenden allgemeinen Entwurfs. („Anfertigung der nach Maßen und auf Grund der Vorarbeiten aufgetragenen einfachsten und skizzenhaften Darstellung des beabsichtigten Bauwerks, mit Kostenschätzung"). Auch ein bloß skizzenhafter Entwurf erfordert zur Ersinnung und Beschreibung eines so komplizierten Gebäudes nach besonderen Wünschen viel Zeit und Arbeit; die Beklagte sagt ja selbst, daß der Kläger einen förmlich ausgearbeiteten Entwurf gefertigt habe und bedankt sich in dem Schreiben vom 31. Oktober für die „viele Mühe", welche sich der Kläger gemacht. Ebenso wenig läßt der weitere Inhalt des Briefes erkennen, daß nur derjenige, der die Bauleitung bekomme, ein Honorar erhalte. Es ist darin nicht etwa bloß mit direkten Worten eine Einladung zum Wettbewerb um die Bauleitung ausgesprochen, sondern in erster Linie um Einreichung eines Entwurfs gebeten, mit dem weiteren Anfügen, daß damit die Uebertragung der Bauleitung noch nicht in Aussicht gestellt werden könne, sondern Kläger in dieser Beziehung mit anderen Architekten zu konkurrieren habe. Darin kann eine Ablehnung des üblichen Honorars für den gewünschten Entwurf nicht gefunden werden. Auch bei der späteren noch engeren Konkurrenz handelte es sich um Erlangung der Bauleitung und es liegt kein innerer Grund vor, warum hier die besondere Bezahlung sämtlicher Entwürfe sich verstanden habe, bei der früheren, um zwei Konkurrenten weiteren dagegen nicht. In ihrer späteren Aufforderung vom 1. November 1893 hat die Beklagte sich über die

Frage der Entschädigung ausgesprochen, das Gleiche mußte sie in ihrer ersten Aufforderung vom 11. August thun, wenn sie nicht Willens war, das übliche Honorar zu leisten.

Es ist deshalb auch gleichgiltig, ob die Vertreter der Beklagten, wie unter Beweis verstellt ist, bei dem Erlassen der Einladungen vom 11. August davon ausgegangen sind, daß der Wettbewerb sich ebenso abspielen werde, wie die gleichzeitig beschlossene Einladung sämtlicher Heilbronner Meister des Gewerbes zur Uebernahme der Arbeiten, und daß man angenommen (und wie jetzt behauptet wird, ausdrücklich besprochen) habe, daß das mit der Stellung eines bauleitenden Architekten verbundene Einkommen von ca. 4000 M. für die Eingeladenen ein hinreichender Anreiz zum Wettbewerb sein werde. Einen berechtigten Grund zu dieser Annahme hatten die Vertreter nach dem Ausgeführten nicht und sie konnten auch nicht die Architekten auf die gleiche Stufe mit den gewerblichen Meistern stellen. Denn bei letzteren, bei Handwerkern, ist es nicht üblich, die Voranschläge besonders zu honorieren, es bestehen hiefür auch keine allgemeinen Taxen und ihre Anfertigung verlangt weit nicht die Mühe, Zeit und Sorgfalt, wie die Voranschläge und Entwürfe von Architekten. Daß auch bei diesen die kostenlose Anfertigung von Entwürfen in Fällen der vorliegenden Art allgemein üblich sei, hat die Beklagte selbst nicht behaupten können. Da vielmehr bei den Architekten angesichts der bestehenden Taxe die Honorierung sich von selbst versteht und da ferner die vorliegenden Umstände eine andere Absicht nicht erkennen lassen und insbesondere in dem Einladungsschreiben der Beklagten eine solche andere Absicht, die der Unentgeltlichkeit, nicht zum Ausdruck gebracht worden ist, so hat die Beklagte die geforderte taxmäßige Vergütung der von ihr veranlaßten Arbeit zu leisten. Es entspricht dies dem schon im jetzigen Recht für die Dienstmiete und dem Werkvertrag geltenden Grundsatz, daß eine Vergütung als „stillschweigend vereinbart“ zu gelten hat, wenn die Dienstleistung oder die Herstellung des Werks den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten war [1]).

1) Entw. eines bürgerl. Gesetzb. für das Deutsche Reich, 1. Lesung

Die Beklagte will nun zwar behaupten, daß der Kläger selbst das Schreiben am 11. August nicht als eine Bestellung des Entwurfs aufgefaßt, sondern den Entwurf unentgeltlich und lediglich in Aussicht auf die Bauleitung zu liefern beabsichtigt habe, ihm der Gedanke, für den Entwurf selbst eine Bezahlung zu verlangen, erst nachträglich, nach dem Fehlschlagen des Wettbewerbs gekommen sei. Es kann auch ohne weiteres zugegeben werden, daß der Kläger seinen Entwurf zunächst in der Hoffnung, die anderen Konkurrenten zu schlagen und für sich die Bauleitung zu bekommen, gefertigt hat, welchen Falls er für den Entwurf eine besondere Bezahlung nicht erhalten hätte (§ 5 der Norm). Diese nächste Absicht schloß aber die daneben bestehende (eventuelle) Absicht, im Falle des Unterliegens beim Wettbewerb um die Bauleitung für den gefertigten Entwurf das übliche Honorar zu verlangen, keineswegs aus, und das, was die Beklagte gegen das ursprüngliche Bestehen dieser Absicht anführt, ist nicht schlüssig. Das Schreiben der Beklagten vom 31. Oktober 1893, womit sie dem Kläger seinen Entwurf zurückgab, enthielt über die Honorarfrage, daß für den Entwurf eine Vergütung nicht geleistet werden wolle, nichts (s. dazu § 7 l der Norm: „alle Zeichnungen bleiben geistiges Eigentum des Architekten"), sondern sprach nur das Bedauern aus, daß Kläger beim Wettbewerb um die Bauleitung unterlegen sei. Der Kläger hatte daher auch keinen Grund, sofort seinen Standpunkt, daß er das übliche Honorar für die von ihm gefertigte Arbeit verlange, zu wahren und es ist nicht auffällig, wenn er seine Rechnung hierüber erst einen Monat später übersandte. In seinem Brief vom 7. November gab ferner der Kläger in Erwiderung auf das Schreiben der Beklagten vom 31. Oktober nur seinem Protest gegen das Unterliegen in dem Wettbewerb um die Bauleitung und gegen das hiebei von der Beklagten und den von dieser aufgestellten Sachverständigen eingehaltene Verfahren Aus-

§§ 559, 567, 586 je Abs. 2 und Motive dazu; 2. Lesung §§ 552, 570 je Abs. 1. Ehrlich, Die stillschweigende Willenserklärung, S. 47, S. 70 f. Hartmann, Werk und Wille bei stillschw. Konsens im Archiv für civil. Praxis, 72, S. 231 ff., 248.

druck; die Frage der Bezahlung des Entwurfs ist darin mit keinem Wort berührt und es war hiezu durch den Zweck des Schreibens auch kein Anlaß gegeben.

Erwägt man dagegen, daß der Kläger als ein Privatarchitekt, ohne zugleich Bauunternehmer zu sein, aus der Fertigung von Arbeiten, wie sie die Beklagte von ihm wünschte (Entwürfe, Voranschläge) ein Gewerbe macht und auf den Verdienst hieraus angewiesen ist, daß für die gewünschte Arbeit die allgemeine Architektentaxe ein besonderes Honorar bestimmt und dieses Honorar hier verhältnismäßig bedeutend ist, den Betrag von 400 M. übersteigt, daß für die Annahme eines Verzichts auf dieses Honorar, einer unentgeltlichen Leistung aus bloßer Gefälligkeit oder aus bloßer Hoffnung auf die Erlangung der Bauleitung die gegebenen Verhältnisse keinen zureichenden Grund abgeben, daß auch einen entgegenstehenden Brauch bei Konkurrenzausschreiben der vorliegenden Art die Beklagte selbst nicht behaupten kann, so muß als bewiesen angenommen werden, daß der Kläger in jedem Falle von vorn herein auf eine Vergütung seiner Arbeit rechnete, sowohl für den Fall, wenn er in dem gleichzeitig eröffneten Wettbewerb um die Bauleitung obsiegen sollte — welchen Falls er das Gesamthonorar einschließlich des Honorars für den gefertigten Entwurf zu beanspruchen hatte, § 5 vergl. § 4,1 der Norm, — als auch für den Fall, wenn er bei dem Wettbewerb unterliegen sollte, — welchen Falls er wenigstens für seinen Entwurf das übliche Entgelt erwartete und erwarten durfte [1]).

Urteil des II. Civilsenats vom 27. Dezember 1894 i. S. Stroh gegen Gewerbebank Heilbronn.

27.

Besteht an dem zwecks Abwendung eines Arrests hinterlegten Geldbetrag ein gesetzliches Pfandrecht des Arrestklägers?

Diese Frage ist bejaht worden in einem Fall, wo der

1) S. Seuffert's Archiv, Bd. 34 Nr. 144, Bd. 47 Nr. 25.

Arrestkläger, dessen Forderung nicht mehr bestritten war, im Konkurs des Arrestbeklagten abgesonderte Befriedigung aus dem behufs Abwendung des Arrests hinterlegten Geldbetrag verlangte.

Gründe:

I. Die Civilprozeßordnung enthält keine ausdrückliche Bestimmung darüber, welche Rechte der Gläubiger an dem gemäß § 803 C.P.O. zwecks Abwendung oder Aufhebung eines Arrestvollzugs hinterlegten Geldbetrag erlangt. Ebensowenig findet sich in § 652 Abs. 2 C.P.O. eine ausdrückliche Bestimmung darüber, welche Rechte der Gläubiger an demjenigen erlangt, was der Schuldner behufs Abwendung der vorläufigen Vollstreckung eines Urteils zur Sicherheitsleistung hinterlegt hat. Demzufolge bestehen in betreff dieser Rechte verschiedene Ansichten, deren Richtigkeit zu prüfen ist.

II. Abzulehnen ist die Auffassung [1]), daß in der Hinterlegung des im Arrestbefehl festgestellten Geldbetrags eine vorläufige Erfüllung der Forderung des Arrestgläubigers zu sehen und demgemäs diesem im Konkurs des Schuldners ein Aussonderungsrecht an dem Hinterlegten zuzuschreiben sei. Der Wortlaut des Gesetzes dient dieser Auffassung nicht zur Stütze, da dasselbe nicht etwa von Hinterlegung des Schuldbetrags spricht, sondern von der eines Geldbetrags. Der Hinterlegende wird im Zweifel nicht daran denken, durch die Hinterlegung eine vorläufige oder bedingte Erfüllung der Forderung des Arrestklägers vorzunehmen; daß aber das Gesetz anordnen sollte, der Anspruch eines (angeblichen) Gläubigers auf Sicherung der Zwangsvollstreckung wegen einer (bestrittenen) vielleicht erst durch langwierigen Prozeß festzustellenden Forderung könne nur durch vorläufige oder bedingte Erfüllung seitens des (angeblichen) Schuldners abgewendet werden und zwar, soweit die Forderung nicht auf Geld gerichtet ist, durch vorläufige Erfüllung der ungefähren, an Stelle des ursprünglichen Antrags etwa tretenden Interesseforderung, läßt sich nicht annehmen,

1) Dieselbe wird vertreten von Herzog in Busch's Zeitschrift für deutschen Civilprozeß Bd. 6 S. 375, 378—82; Merkel, Arrest, S. 184. — Vgl. dagegen Cohn bei Gruchot Bd. 32 S. 587—90. — A. d. R.

wenn nicht Wortlaut oder Zweck des Gesetzes dazu zwingen. Das ist aber nicht der Fall: wie es mit dem Wortlaut des § 803 C.P.O. sich verhält, ist schon hervorgehoben worden, der Zweck des Gesetzes ist aber auch durch eine behufs Sicherheitsleistung (nicht behufs vorläufiger oder bedingter Erfüllung) erfolgende Hinterlegung zu erreichen. Es ist deshalb davon auszugehen, daß die Hinterlegung eines Geldbetrags gemäß § 803 C.P.O. behufs Sicherheitsleistung erfolgt.

III. Vielfach[1]) wird die Ansicht vertreten, diese Hinterlegung behufs Sicherheitsleistung geschehe in den Fällen der §§ 803 und 652 Abs. 2 C.P.O. zum Zweck einer vertragsmäßigen Faustpfandbestellung an den Arrestkläger bezw. Vollstreckungsgläubiger. Dem kann nicht beigetreten werden. Der Schuldner, der in den angeführten Fällen behufs Sicherheitsleistung Geld hinterlegt, will im Zweifel nichts anderes thun als eben hinterlegen wie es das Gesetz verlangt und mit den gesetzlich hieran geknüpften Folgen; es ist ganz willkürlich, einen weitergehenden Willen, den der Bestellung eines Faustpfands, ohne weiteres bei dem Schuldner zu unterstellen; die C.P.O. giebt auch kein Mittel an die Hand, in den bezeichneten Fällen den Schuldner da, wo die Landesgesetze zur wirksamen Bestellung eines Faustpfands weitere Förmlichkeiten verlangen, zur Einhaltung dieser Formen zu zwingen. Eine ausdrückliche Bestimmung dahin, daß die Hinterlegung in den Fällen der §§ 803 und 652 Abs. 2 C.P.O. einer behufs Bestellung eines vertragsmäßigen Faustpfands erfolgenden Hinterlegung gleich stehe, ist in der C.P.O. nicht enthalten; die Annahme, der Verpfändungswille werde „vom Gesetz unterstellt", ist gezwungen

1) Vgl. die Kommentare zur C.P.O. von Seuffert (4. Aufl.) Anm. 4 lit. a zu § 709; Anm. 4 zu § 101 (7. Aufl.); Wilmowski-Levy, Anm. 5 a. E. zu § 101 (7. Aufl.); Anm. 2 Abs. 3 zu § 803 (3. Aufl.); Struckmann-Koch (6. Aufl.) Anm. 3 zu § 101; Reincke zu § 803 und III, b zu § 101; Gaupp (2. Aufl.) Anm. IV zu § 101 (anders Anm. II Abs. 2 zu § 803 vgl. mit III Abs. 2 zu § 652 und V, 1 zu § 709); Petersen (1. Aufl.) Anm. 3 zu § 709. Ferner: Planck, Lehrbuch des C.P.Rechts § 67 III S. 373; auch Mandry, Civilrechtl. Inhalt (3. Aufl.) § 41 S. 380, R.G. 12 Nr. 55. A. d. R.

und unnatürlich, sofern damit ohne Not eine Fiktion in das Gesetz hineingetragen wird. Auch würde, wenn die Hinterlegung zur Sicherheitsleistung in den Fällen der §§ 803 und 652 Abs. 2 als Hinterlegung zwecks vertragsmäßiger Faustpfandbestellung anzusehen wäre, die Rechtsfolge nicht für das ganze Gebiet der C.P.O. die gleiche sein, sofern zwar wohl in der Mehrzahl der deutschen Staaten durch eine derartige Hinterlegung ein Faustpfandrecht des Gläubigers begründet würde, in einigen Staaten wie z. B. in Württemberg jedoch nicht, weil hier noch weitere Förmlichkeiten zur Entstehung eines Faustpfandrechts notwendig sind. Es kann aber nicht als dem Willen des Gesetzes entsprechend erachtet werden, daß die Hinterlegung behufs Sicherheitsleistung in den angeführten Fällen zwar z. B. in Preußen ein Pfandrecht des Gläubigers begründet, nicht aber in Württemberg. Vielmehr muß im Zweifel angenommen werden, daß die C.P.O. die Folgen einer derartigen Hinterlegung für das ganze Reich einheitlich regeln wollte und geregelt hat. Wenn aber eine solche Regelung nach dem Zusammenhang, dem Sinn und Zweck des Gesetzes in der C.P.O. bei unbefangener Auslegung sich finden läßt, so liegt es weit näher, das Gesetz dahin zu verstehen, daß an dem hinterlegten Geldbetrag kraft Gesetzes ein Pfandrecht des Gläubigers begründet wird, als dahin, daß kraft Gesetzes ein Verpfändungswille des Hinterlegenden unterstellt wird, es aber von dem Inhalt der Landesgesetzgebungen abhängen soll, ob dies zur Entstehung eines (vertragsmäßigen) Pfandrechts ausreicht.

IV. Daß aber in der That in den Fällen der §§ 803 und 652 Abs. 2 C.P.O. der Gläubiger an dem behufs Sicherheitsleistung Hinterlegten ein gesetzliches Pfandrecht erlangt, läßt sich daraus ableiten, daß der Gläubiger an den Sachen, die zwecks Vollziehung eines Arrests oder Vollstreckung eines Urteils gepfändet worden sind oder ohne Dazwischenkunft der Hinterlegung gepfändet worden wären, ein gesetzliches Pfandrecht erlangt hat oder hätte. Es ist kein Grund einzusehen, warum an dem Surrogat dieser dem Pfandrecht des Gläubigers unterliegenden Sachen, dem zwecks Abwendung oder Aufhebung des Arrestvollzugs oder

der Urteilsvollstreckung hinterlegten Geldbetrag, der Gläubiger nicht dasselbe Recht haben sollte, wie an den gepfändeten Sachen, warum z. B. einem Schuldner die Möglichkeit eingeräumt sein sollte, einen Gläubiger, der ein vorläufig vollstreckbares Urteil erwirkt hat, aber nicht im Stand ist, seinerseits gemäß § 652 Abs. 2 C.P.O. Sicherheit zu leisten, um die Früchte seines Obsiegs zu bringen, indem er Sicherheit durch Hinterlegung leistet, Berufung einlegt und bis zur Entscheidung der Sache sich so von Mitteln entblößt, daß der Gläubiger zufolge der Konkurrenz anderer Gläubiger nur einen kleinen Teil des Hinterlegten erhält, obwohl er schon vor Monaten durch Vollstreckung des erwirkten Urteils volle Befriedigung hätte erlangen können. Es entspricht durchaus der natürlichen Auffassung, daß der Gläubiger an dem zwecks Abwendung oder Aufhebung eines Arrestvollzugs oder einer Urteilsvollstreckung hinterlegten Betrag in gleicher Weise ein Pfandrecht erwirbt wie an den Sachen, die der abgewendeten Pfändung unterlegen sind oder wären, und eben weil dies einer unbefangenen Betrachtung des Sinns und Zwecks des Gesetzes als selbstverständlich erscheint, konnte das Gesetz es unterlassen, dies ausdrücklich auszusprechen. Freilich liegt es nicht im Begriff des Arrests, daß der Arrestvollzug dem Arrestgläubiger ein Recht auf bevorzugte Befriedigung aus den verarrestierten Werten gewährt; allein nachdem einmal die C.P.O. dem Arrestgläubiger an diesen Werten ein Pfandrecht eingeräumt hat, konnte sie konsequenter Weise nicht umhin, dasselbe Recht dem Arrestgläubiger auch an dem behufs Abwendung der Arrestvollziehung hinterlegten Geldbetrag einzuräumen, und das Gleiche gilt in Betreff der von der Zwangsvollstreckung ergriffenen Sachen und der an ihrer Stelle hinterlegten Sicherheit bei Urteilsvollstreckungen.

Wenn daher § 709 Abs. 1 C.P.O. — auf den der § 810 C.P.O. verweist — bestimmt: „Durch die Pfändung erwirbt der Gläubiger ein Pfandrecht an dem gepfändeten Gegenstand", so ist dies dahin auszulegen, daß dem „gepfändeten Gegenstand" dessen Surrogat, die zwecks Abwendung der Pfändung hinterlegte Sicherheit, gleichsteht [1]).

1) Vgl. Gaupp (2. Aufl.) II, 2 zu § 803; Völderndorf, Kom-

V. Gegen diese Ansicht wird ein Einwand insbesondere aus der Thatsache hergeleitet, daß die Justiz-Kommission des Reichstags anfänglich einen Antrag zu § 658 Entw. = § 709 C.P.O. angenommen hat des Inhalts: „Durch die Sicherheitsleistung des Schuldners erwirbt der Gläubiger an den hinterlegten Wertobjekten in gleicher Weise Pfandrecht wie durch die Pfändung an den gepfändeten Gegenständen", diesen neu beigefügten Absatz 4 des § 658 aber nachträglich wieder gestrichen hat; es wird daraus gefolgert, daß das Gesetz absichtlich über die Rechte des Gläubigers an dem in den Fällen der §§ 652 Abs. 2 und 803 Hinterlegten schweigt, die Entscheidung über die Rechtsfolgen dieser Hinterlegung dem Landesrecht überlassen hat. Es kann nun unerörtert bleiben, welcher Wert für die Gesetzesauslegung den sog. Gesetzes-Materialien beizulegen ist; denn aus der nachfolgenden Darstellung des Ganges der Verhandlungen in der Justiz- und der Konkurskommission ergiebt sich zum Mindesten so viel, daß aus der erwähnten Streichung des anfangs beschlossenen Abs. 4 des § 658 des Entw. die angeführte Folgerung nicht gezogen werden kann, also jedenfalls kein Hindernis besteht, den § 709 Abs. 1 C.P.O. in der Weise aus dem Zusammenhang und Zweck der gesetzlichen Bestimmungen auszulegen wie oben Ziff. IV a. E. geschehen ist.

Der Antrag auf Anfügung jenes 4. Absatzes des § 658 E. = 709 C.P.O. ist anläßlich der lebhaften Debatte darüber, ob durch die im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgende Pfändung ein Pfandrecht des Gläubigers an den gepfändeten Sachen entstehen solle, angenommen worden, ohne daß etwas weiteres über den Antrag gesagt worden wäre als vom Antragsteller: „Der Gläubiger, dem zur Abwendung der Zwangsvollstreckung Sicherheit bestellt sei, dürfe in keiner schlechteren Lage sein als wenn die Pfändung erfolgt wäre". Bei Beratung des § 755 E. = § 810 C.P.O. wurde zunächst beschlossen, daß die Arrest-

mentar zu § 41 Ziff. 9 K.O.; Stieglitz, Kommentar, Ziff. X a. E. und Note o; ferner R.G. 9 Nr. 122, 18 Nr. 61 und in J.W.S. 1887 S. 108 Nr. 51 (sämtlich preuß. L.R. betreffend); Seuffert, Bd. 38 Nr. 84 (Jena). A. d. R.

anlegung kein Pfandrecht begründen solle; die Regierungsvertreter widersprachen und es bemerkte dabei Direktor v. Amsberg: „Nach dem Entwurf könne die Arrestpfändung durch Hinterlegung des im Arrestbefehl festgestellten Geldbetrags abgewendet werden. Dem Gläubiger an dem hinterlegten Gelde ein anderes Recht als ein Pfandrecht einzuräumen, sei schlechterdings nicht möglich —" und als hierauf der Abgeordnete Dr. Wolffson dieses Recht als ein „auf kontraktlichem Wege" erlangtes ausschließliches Recht bezeichnete, bemerkte R.Rat Hagens: „bei der Sicherleistung nach § 748 E." (803 C.P.O.) „handle es sich nicht um eine vertragsmäßige Kaution; der Schuldner leiste diese Sicherheit gezwungen und der Gläubiger würde, wenn der Arrest kein Pfandrecht begründete, durch das Surrogat der Arrestpfändung größere Rechte erlangen als durch diese selbst". Bei der zweiten Lesung wurde der in Betreff der Wirkungen des Arrests gefaßte Beschluß zunächst aufrecht erhalten, in der Diskussion äußerte Direktor v. Amsberg: „der Entwurf knüpfe an den Arrestschlag ein bedingtes Pfandrecht. In Konsequenz dieses Gedankens sei die Zulässigkeit der Kaution zur Abwendung des Arrestschlags geordnet. Die Kaution gewähre dem Gläubiger ebenfalls Sicherheit gegen Dritte".

In der Konkurskommission brachte der Abgeordnete Hullmann den von der Justizkommission beschlossenen Abs. 4 des § 658 E. zur Sprache und hielt mit Rücksicht hierauf eine Aenderung der Fassung des § 41 Ziff. 9 K.O. („den Faustpfandgläubigern stehen gleich — 9) diejenigen, welche durch Pfändung ein Pfandrecht erlangt haben, in Ansehung der gepfändeten Gegenstände") für notwendig „um klar hervortreten zu lassen, daß auch jenen Gläubigern, die durch Hinterlegung ein analoges Recht, wie der Gläubiger an der gepfändeten Sache erwerben, das Absonderungsrecht im Konkurs zustehe." R.Rat Hagens bekämpfte den Antrag: „Die Justizkommission habe durch Annahme des zu § 658 beschlossenen Zusatzes einen nach Ansicht der Regierungen überflüssigen, weil selbstverständlichen Satz ausgesprochen, der eine materielle Aenderung des Entwurfs nicht enthalte.". Nachher bemerkte er noch: „Aus den allgemeinen

Bestimmungen" (der C.P.O. über Sicherheitsleistung: §§ 101 ff.) „ergebe sich, daß jede Sicherheitsleistung ein Pfandrecht begründe, das als vertragsmäßiges Faustpfandrecht durch § 40 K.O. gedeckt sei." (Vgl. aber hiezu die oben angeführte Aeußerung Hagens über die Natur des Pfandrechts im Fall des § 803 C.P.O.) Der Abg. Dr. von Sarwey hielt für zweifelhaft, ob der Fall des Abs. 4 des § 658 E. durch § 41 Ziff. 9 K.O. gedeckt sei, weil der Begriff der Pfändung ein ganz anderer sei als der der Hinterlegung. Der Abg. Ausfeld bemerkte: „Daß das Recht des Gläubigers an den zur Abwendung einer Zwangsvollstreckung hinterlegten Gegenständen dem Recht des Gläubigers an gepfändeten Gegenständen gleichstehe, erachte er für selbstverständlich". Der Abs. 4 des § 658 E. sei daher entbehrlich. Zweifelhaft aber sei, ob die Hinterlegung zwecks Abwendung eines Arrests ein Pfandrecht begründe, nachdem zufolge den Beschlüssen der Justizkommission der Arrest selbst kein Pfandrecht begründen solle. Ihm stimmte der Abg. Dr. Goldschmidt bei.

Nunmehr wurde in der Justizkommission die Streichung des Abs. 4 des § 658 E. beantragt und beschlossen. Geh. R.Rat Hagens bemerkte in der Diskussion: der Abs. 4 sei unnötig und könne nur zur Verwirrung führen. „Nach dem System des Gesetzes sei es als selbstverständlich angenommen, daß der Gläubiger in den hier vorgesehenen Fällen an den hinterlegten Gegenständen ein Pfandrecht oder wenigstens ein dem letzteren gleichstehendes Recht erwerbe". Uebereinstimmend äußerte sich Geh. Ob.Just.-Rat Kurlbaum II: „Nach dem System des Entwurfs werde durch die Sicherheit dem Gläubiger ein Pfandrecht von selbst gewährt". Er hob dabei den Unterschied zwischen Sicherheitsleistung und Hinterlegung des Schuldbetrags hervor; letztere sei (bedingte) Zahlung. Die Abg. Lasker, Grimm und Eysoldt hielten es nicht für selbstverständlich, daß die Sicherheitsleistung im Fall des § 658 Abs. 4 E. ein Pfandrecht begründe. Der Abg. v. Puttkammer bemerkte: „Es komme nur darauf an, klarzustellen, daß bezüglich des hinterlegten" (Schuld-)„Objekts der Gläubiger sicher sei vor dem Zugreifen anderer Gläubiger; man solle unterlassen, diesen Satz als juristische Formel eines

Pfandrechts auszudrücken. Was die Sicherheitsleistung betreffe, so halte er eine ausdrückliche Bestimmung über deren Wirkungen zwar für unschädlich, aber auch für unnötig". Der Abg. Dr. Bähr endlich hielt den Abs. 4 des § 658 E. zur Klarstellung der rechtlichen Natur der Sicherheitsleistung und der Hinterlegung in den fraglichen Fällen um so mehr für notwendig, als ja für Hinterlegungen zur Abwendung des Arrests Anderes gelte (nämlich in Folge des hernach wieder beseitigten Beschlusses, daß der Arrest kein Pfandrecht begründen solle). Nachher bemerkte Dr. Bähr noch: es sei natürlich, daß die Fälle der Abwendung der Exekution durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung ganz gleich mit der Pfändung behandelt werden. Entscheidend hiefür sei die Uebereinstimmung des auf exekutive Befriedigung des Anspruchs gerichteten Zwecks, der in diesen Fällen verfolgt werde, nicht aber eine theoretische Konstruktion.

Als die Streichung des Abs. 4 des § 658 E. in der Konkurskommission zur Sprache kam, bemerkte Geh. R.Rat Hagens: ob die Hinterlegung (sc. des Schuldbetrags oder Schuldgegenstands) ein Pfandrecht begründe oder unter Umständen der Zahlung gleichstehe, entscheide sich nach dem materiellen Civilrecht. Der Abg. Hullmann erklärte darauf: er könne die Ansicht nicht teilen, daß die Hinterlegung ohne Weiteres nur entweder ein Pfandrecht begründe oder als Zahlung aufzufassen sei; indes werde nach der jetzigen Fassung der C.P.O. für die beiden Hauptfälle einer Hinterlegung, nämlich derjenigen zwecks Abwendung einer Zwangs- oder Arrestvollstreckung für ein Pfandrecht entschieden werden müssen nach dem Grundsatz, daß das Surrogat dieselbe Natur annehme, die die eigentliche Leistung gehabt haben würde [1]).

Von diesem letzteren Gesichtspunkt aus ist augenscheinlich von den Vertretern der Regierungen die Streichung des als überflüssig bezeichneten Absatzes 4 des § 658 E. befürwortet worden und daß dem Beschluß der Kommission eine gegenteilige Anschauung zu Grunde lag, ist nicht ersichtlich.

1) Vgl. Hahn, Materialien z. C.P.O. S. 825—28, 1038, 1150 -53; Materialien zur K.O. S. 551—53, 647—48.

VI. Wird aber durch die gemäß § 803 C.P.O. erfolgte Hinterlegung zwecks Sicherheitsleistung kraft Gesetzes ein Pfandrecht des Gläubigers an dem hinterlegten Geldbetrag (bezw. an dem Anspruch gegen den Staat auf Bezahlung eines entsprechenden Betrags: R.G. Bd. 12 Nr. 116 S. 396) begründet, so steht dem Arrestgläubiger auch im Konkurs des Schuldners ein Absonderungsrecht in Ansehung dieses hinterlegten Geldbetrags zu. Denn es ist selbstverständlich, daß Ziff. 9 des § 41 K.O. in gleicher Weise auszulegen ist, wie § 709 Abs. 1 C.P.O., daß also auch hier unter den „gepfändeten Gegenständen" deren Surrogat, das zwecks Abwendung oder Aufhebung der Pfändung Hinterlegte, mitbegriffen ist. Auf das Pfändungspfandrecht aber bezieht sich § 16 E.G. zur K.O. nicht.

Urteil des I. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 26. April 1895 i. S. Heckler und Pütz g. Seydelmann.

28.

Nachträgliche Verbesserung von Mängeln der Klagerhebung.

Namens des Amtsnotars P. als Verwalters im Konkurse des J. M. in Schwenningen hat Rechtsanwalt Sch. in Rottweil unterm 15. November 1892 bei der Civilkammer des K. Landgerichts daselbst eine Klage gegen die Gewerbebank Schwenningen eingereicht. Diese Klage enthielt die Anträge, zu erkennen:

A) Die Beklagte sei schuldig 2c. anzuerkennen, daß die zu ihren Gunsten unterm 19. Mai 1891 vorgenommene Unterpfandsbestellung für einen laufenden Kredit von 110 000 M. dem Kläger gegenüber rechtsunwirksam sei und sie habe demgemäß die Pfandobjekte, event. den Ersatz für dieselben als zur Masse gehörig herauszugeben, bezw. deren Ausfolge zu gestatten.

B) Die Beklagte sei schuldig 2c. an den Kläger als Verwalter im Konkurse des J. M. die Summe von 10 000 M. in dessen Konkursmasse zurückzuzahlen und habe die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Auf diese Klage, welche die Aufforderung zur Anwaltsbestellung und Ladung enthielt, wurde vom Vorsitzenden Termin bestimmt auf 22. Dezember 1892.

Der klägerische Prozeßbevollmächtigte stellte zunächst von dieser Klage eine — unbeglaubigte — Abschrift mittels einfacher persönlicher Uebergabe dem Rechtsanwalt G. als dem Vertreter der Beklagten zu; letzterer besaß damals noch keine Prozeßvollmacht von der Beklagten für den gegenwärtigen Prozeß, nahm aber die Klagschrift (am 14. Dezember 1892) entgegen; eine Empfangsbescheinigung hierüber stellte er nicht aus. Im Verhandlungstermin vom 22. Dezember 1892 erschien nur der klägerische Anwalt, erklärte, daß er heute keinen Antrag stelle, verlas jedoch einen Schriftsatz, worin er anzeigte, daß er nur den Klageantrag B aufrecht erhalte und nur in diesem Umfang die Klage zugestellt habe.

In dem auf Wiederanrufen des Klägers bestimmten Termin vom 7. April 1893 erschienen der klägerische Prozeßbevollmächtigte und für die Beklagte Rechtsanwalt G.

Jetzt bat der letztere um einen neuen Termin. Der Gegner hatte nichts einzuwenden. Neuer Termin wurde bestimmt und verkündigt auf 28. April 1893.

Unterm 27. April 1893 richtete Rechtsanwalt G. an den Rechtsanwalt Sch. eine Zuschrift, worin er erklärte, am folgenden Tag nicht verhandeln zu können und den Termin zu umgehen bat.

Im Termin vom 28. April 1893 bat der Vertreter des Klägers um einen neuen Termin. Es wurde neuer Termin bestimmt und verkündigt auf 9. Juni 1893.

Am 3. Mai 1893 wurde Abschrift dieses Protokolls ordnungsmäßig an R.A. G. zugestellt.

Nun ließ am 8. Mai 1893 der klägerische Anwalt beglaubigte Abschrift der Klageschrift dem R.A. G. zustellen, datiert 18. November 1892.

Diese Klageschrift enthält die Aufforderung zur Anwaltsbestellung, Ladung „zur mündlichen Verhandlung des Rechtsstreits in die Sitzung des K. Landgerichts Rottweil in welcher diese Sache gemäß der Terminsbestimmung des Herrn Vor-

sitzenden zum Aufruf kommen wird." Angekündigt ist als Petitum nur der Antrag bezüglich Rückerstattung der 10 000 M. Dagegen ist die Begründung auch zu dem Petitum A stehen geblieben.

Auf dieser Klageschrift befindet sich der Terminsvermerk:

Verhandlungstermin Freitag, 9. Juni 1893 vormittags 8¼ Uhr

ohne Datum, ohne Unterschrift oder Bezeichnung des Terminsvermerks als gerichtlicher Verfügung.

Eine gleiche Abschrift der Klage, mit demselben Terminsvermerk ließ R.A. Sch. am 9. Mai 1893 der Beklagten („dem Vorsteher") durch die Post zustellen.

Eine Nachholung der Klagerhebung seitens des Klägers durch eine der C.P.O. entsprechende Zustellung der Klage hat nicht stattgefunden. Unterm 3. Juni 1893 reichte R.A. G. unter Vorlegung einer vom 16. Mai 1893 datierten Prozeßvollmacht der Beklagten schriftliche Klagebeantwortung ein.

Es heißt in derselben:

„In dem zur mündlichen Verhandlung des Rechtsstreits bestimmten Termin werde ich den Antrag stellen:

durch Urteil für Recht zu erkennen: es sei der Kläger mit der von ihm erhobenen Klage abzuweisen und schuldig die Kosten des Rechtsstreits zu tragen".

Die Einlassung ist eine sachliche. Eine prozessuale Rüge wird nicht erhoben. Es werden die auf die Klagerhebung bezüglichen Beschlüsse des Gläubigerausschusses im M.'schen Konkurs erwähnt. Der Gläubigerausschuß habe beschlossen, den Konkursverwalter zu Erhebung einer Anfechtungsklage zu ermächtigen: „Er ließ in Folge dessen durch Herrn R.A. Sch. eine vom 15. November 1892 datierte Klageschrift einreichen. Bevor die Klage aber zugestellt wurde, beschloß der Gläubigerausschuß in seiner Sitzung vom 23. Dezember 1892 von einer Anfechtung der Pfandbestellung vom 19. Mai 1891 Umgang zu nehmen und den Konkursverwalter zu ermächtigen, die beim K. Landgericht eingereichte Anfechtungsklage zurückzuziehen und die Anfechtung auf die zwischen der Beklagten und dem Gemeinschuldner bezüglich des Warenlagers &c. &c. getroffenen Abmachungen zu be-

schränken. Die am 8. Mai 1893 zugestellte Klage kann daher, obwohl sie vom 15. Nov. 1892 datiert ist und sich mit der Pfandbestellung vom 19. Mai 1891 beschäftigt, keine andere Tendenz haben als die zwischen dem Gemeinschuldner und dem Beklagten bezüglich des genannten Warenlagers getroffenen Abmachungen anzufechten, so daß es nicht nötig sein wird, auf das was unter Lit. A der Klageschrift über die Pfandbestellung — angeführt ist des Weiteren einzugehen".

Im Termin vom 9. Juni 1893 erschien nur der klägerische Anwalt, er bat um neuen Termin, wozu er den zc. R.A. G. lade.

Neuer Termin wurde bestimmt und verkündigt auf 30. Juni 1893. Ordnungsmäßige Zustellung erfolgte an R.A. G. am 19. Juni 1893.

Im Termin vom 30. Juni 1893 erschienen beide Parteianwälte, sie einigten sich auf einen neuen Termin, wobei der Vertreter der Beklagten bemerkte, daß er den Mangel einer ordnungsmäßigen Ladung zu rügen haben werde. Neuer Termin wurde bestimmt und verkündigt auf 28. September 1893.

Beglaubigte Abschrift dieses Sitzungsprotokolls ließ der klägerische Vertreter der Beklagten selbst und ihrem Prozeßbevollmächtigten je am 13. Juli 1893 je „samt 1 Beilage" zustellen.

Diese Beilage war eine abermalige Ausfertigung der Klagschrift, enthaltend Ladung zur mündlichen Verhandlung des Rechtsstreits in die Sitzung des Landgerichts, in welcher diese Sache gemäß der Terminsbestimmung des H. Vorsitzenden zum Aufruf kommen werde, mit dem Petitum B jedoch Begründung zu A und B.

Diese Klageschrift war datiert vom „15. Nov. 1893" und trägt den alten Verhandlungstermin „Donnerstag, 22. Dezember 1892, vorm. 8½ Uhr" mit der Unterschrift des Vorsitzenden.

Im Termin vom 22. September 1893 stellte der klägerische Vertreter den Antrag Lit. B. Der Vertreter der Beklagten beantragte kostenfällige Klagabweisung, indem er unter Verweigerung der Einlassung auf die Hauptsache den Einwand des Mangels ordentlicher Ladung und Klagzustellung in erster Linie als „prozeß-

hindernde Einrede" geltend machte eventuell gemäß § 137 die Anordnung abgesonderter Verhandlung über jenen Einwand beantragte.

Das Gericht beschloß letzterem Antrag gemäß und verkündigte auf Grund der Verhandlung ein Urteil dahin:

„Der Kläger wird mit der erhobenen Klage angebrachtermaßen abgewiesen".

Auf Berufung des klagenden Konkursverwalters hat das Oberlandesgericht durch Zwischenurteil den Einwand des Mangels einer gesetzmäßigen Klagerhebung für unbegründet erklärt aus folgenden

Gründen:

I. Außer Zweifel steht, daß wenn dem Klageschriftsatz einer der in den — imperativen — Vorschriften des § 230 Abs. 2 der C.P.O. aufgezählten Bestandteile, insbesondere die Ladung des Beklagten vor das Prozeßgericht zur mündlichen Verhandlung des Rechtsstreites gefehlt hat oder wenn die Zustellung der Klageschrift (§ 230 Abs. 1) nicht gesetzmäßig erfolgt ist, die Klagerhebung ungiltig und unwirksam wäre, und es war in diesem Fall die Klage, richtiger Ansicht nach durch Urteil — **ab instantia** — abzuweisen, wofern nicht die, auch hier für zulässig zu erachtende Heilung des betreffenden Mangels nach Maßgabe des § 267 der C.P.O. eingetreten war.

II. Es handelt sich im vorliegenden Fall um drei verschiedene prozessuale Akte, durch welche der klägerische Vertreter die Klagerhebung zu bewirken, beziehungsweise zu ergänzen unternommen hat: die Behändigung der Klageschrift an Rechtsanwalt G. am 14. Dezember 1892 — die Zustellung der Klage an die Beklagte und deren Anwalt vom 8./9. Mai 1893 — die Zustellung vom 13. Juli 1893.

1. Die Erhebung der Klage, welche durch Behändigung einer Klageabschrift an den Rechtsanwalt G. am 14. Dezember 1892 erfolgt sein soll, war allerdings eine rechtsförmliche sicherlich nicht, da es — abgesehen von der Frage, ob der genannte Anwalt damals schon Prozeßbevollmächtigter der Beklagten war oder ob andernfalls die Beklagte nach § 85 Abs. 2 der C.P.O.

die Zustellung gegen sich gelten lassen müßte — an einer Beglaubigung der zugestellten Klageabschrift (C.P.O. § 156) und weiterhin an einer Zustellungsbescheinigung des Empfängers (C.P.O. § 173 Abs. 1, § 181 Abs. 2) fehlte. Ob der von dem Kläger behaupteten Erklärung des Rechtsanwalts G. vor Empfangnahme der Abschrift (er sei Vertreter der Beklagten im Rechtsstreit) die Bedeutung eines Verzichtes auf anderweitige und ordnungsmäßige Klagezustellung beizumessen und ob ein solcher im Voraus erklärter Verzicht nach § 267 der C.P.O. rechtswirksam wäre, kann indes unentschieden bleiben da die Klagerhebung späterhin in formgenügender Weise nachgeholt worden ist.

In dieser Richtung war zunächst im allgemeinen die Frage zu beantworten, ob der Mangel in der ursprünglichen Klagerhebung durch nachträgliche Zustellung eines Schriftsatzes gehoben werden könne. Es ist dies zu bejahen, wenn nicht im Sinne der weitergehenden Ansicht, welche es nicht einmal für notwendig hält, daß der nachträgliche Schriftsatz die in der ursprünglichen Klage enthaltenen wesentlichen Bestandteile wiederhole [1]), so doch zum mindesten, vom Gesichtspunkt der „Einheitlichkeit" der Klagerhebung aus, unter der Voraussetzung, daß der neue Schriftsatz für sich allen Erfordernissen einer Klageschrift einschließlich der Ladung entspricht und ordnungsmäßig vor dem Termin zugestellt wird [2]).

2. Nachdem in dem Verhandlungstermin vom 18. April 1893 auf Antrag des allein erschienenen klägerischen Vertreters neuer Termin auf Freitag den 9. Juni 1893 bestimmt und verkündet worden war, ließ der klägerische Anwalt dem Rechtsanwalt G. zunächst am 3. Mai 1893 eine beglaubigte Abschrift des Sitzungsprotokolls mit der darin enthaltenen Ladung der Beklagten zum Termin vom 9. Juni 1893 und sodann am 8. beziehungsweise 9. Mai 1893 dem genannten Anwalt und der Beklagten selbst neuerdings je eine Klageabschrift zustellen. Diese Klageabschrift enthielt nur das eine der ursprünglichen Klagege-

1) v. Wilmowski-Levy, C.P.O. 5. Aufl. § 230 S. 355. Struckmann-Koch, C.P.O. 6. Aufl. § 230 Nr. 8 S. 272.

2) Gaupp, C.P.O. § 230 S. 442 IV, 1. Seuffert, C.P.O. § 230 S. 281 Nr. 5. Vgl. Entsch. des Reichsgerichts, XXI, Nr. 83 S. 405 f.

suche, nämlich dasjenige auf Rückgewähr der 10000 M., übrigens die ganze Klagebegründung wie in der Urschrift. Die Zustellung an sich ist ordnungsmäßig erfolgt aber die der Beklagten und ihrem Prozeßbevollmächtigten zugestellte Klageabschrift trägt auf der Vorderseite nur den Vermerk: „Verhandlungstermin Freitag den 9. Juni 1893, vorm. 8¹/₄ Uhr".

Die Beklagte rügt den Mangel einer ordnungsmäßigen Ladung weil die Klageabschrift nicht einen richterlichen Terminsvermerk enthalte, nicht erkennen lasse, ob die Terminsbestimmung auf einem Richterakt beruhe, und weiterhin, daß nicht eine vollständige und richtige Abschrift von der Urschrift zugestellt sei. Der Unterrichter hat ohne Eingehen auf die letztere Rüge, die erstere für zutreffend erachtet.

a) Die vorliegend von dem Kläger gewählte Form der Terminsangabe hängt thatsächlich offenbar damit zusammen, daß die Klage nicht von neuem zur Terminsbestimmung bei Gericht eingereicht sondern der verkündete Termin ohne Weiteres auf die Klageabschrift übertragen wurde. Und es erhebt sich, obwohl hieraus eine spezielle Rüge von der Beklagten nicht entnommen wurde, zuvörderst die Frage, ob es nicht notwendig war, die Klage neuerlich gemäß § 233 Abs. 1 und § 193¹ C.P.O. zum Zweck der Terminsbestimmung bei der Gerichtsschreiberei einzureichen [1]).

Nun kann zwar der erste Termin in einem Prozeß nur durch Einreichung der Klageschrift in Gemäßheit der angeführten Gesetzesbestimmungen erwirkt werden und so ist dieser Weg — im landgerichtlichen Verfahren — der einzig gesetzlich mögliche, um die Klage prozessualisch anhängig zu machen. Aber daß auch im weiteren Verlaufe jede Ladung, auch da wo ausnahmsweise zu einem verkündeten Termin eine Parteiladung erforderlich ist (vgl. C.P.O. § 195 mit § 300², § 302, § 578²) die Ladungsschrift bei der Gerichtsschreiberei einzureichen sei, kann als eine gesetzliche, die Giltigkeit der Ladung bedingende Norm nicht anerkannt werden [2]).

1) Gaupp, C.P.O. § 193 S. 383, § 300 S. 617.

2) Vgl. Seuffert § 193 Nr. 2 a. E. v. Wilmowski-Levy § 193 Note 1 S. 302.

Der Termin kann, wenn er einmal (in der Gerichtssitzung) bestimmt und verkündigt worden ist, nicht noch einmal bestimmt werden. Bei dem Fortfall des Zweckes der Einreichung („zum Zweck der Terminsbestimmung") stellt sich die fragliche Vorschrift als gegenstandslos dar; es könnte nur eine Uebertragung des anberaumten Termins auf den Ladungsschriftsatz durch den Vorsitzenden erfolgen. Wenigstens darf es in solchen Fällen als genügend gelten, wenn die betreibende Partei, wie solches auch in der Praxis üblich ist, eine Abschrift des Sitzungsprotokolles über die Verkündung des Termins mit der Ladungsschrift der Gegenpartei zustellen läßt. Hier muß doch dieses Protokoll, welches ja von dem Vorsitzenden und dem Gerichtsschreiber unterzeichnet ist, die Einreichung bei der Gerichtsschreiberei ersetzen können, zumal wenn in das Protokoll, wie es im vorliegenden Prozeß regelrecht geschah, die Ladungsformel in Verbindung mit dem Termin aufgenommen ist; eine besondere Uebertragung des Termins wäre hier eine zwecklose Formalität. Zweifel könnten sich allerdings für den Fall noch immer erheben, wo bis dahin eine ordnungsmäßige Klagerhebung noch nicht erfolgt war. Aber wenn es auch richtig ist, daß durch eine an wesentlichen Mängeln leidende Klagerhebung eine Rechtshängigkeit im eigentlichen und materiellen Sinn nicht entsteht, so bewirkt doch selbst eine derartige Klagerhebung, nachdem einmal durch Erwirkung einer richterlichen Terminsbestimmung und durch eine Ladung das Verfahren in Gang gesetzt worden ist, ein wenigstens thatsächliches Anhängigsein der Klage (eine Rechtshängigkeit im Sinne des Prozeßbetriebs) welches „nur auf Grund Nachweises des ihm inhärierenden Mangels nach mündlicher Verhandlung durch Urteil beseitigt werden kann"[1]). Solange aber das letztere nicht geschehen ist, müssen auch die durch die erstmalige Festsetzung seitens des Vorsitzenden und im weiteren Verlaufe durch Verkündung bestimmten Termine als prozessualisch vollwirksam gelten. Und wenn man anders die Nachholung der formrichtigen Klageerhebung im gleichen Verfahren für zulässig erachtet, so steht

1) Vgl. Gaupp, C.P.O. § 33 S. 78 II 1; § 230 S. 436 II; § 235 S. 463.

dem gesetzlich nichts im Weg, daß der Kläger den verkündeten Termin, welcher zur Verhandlung über dieselbe, wenn schon bisher mangelhaft erhobene Klage bestimmt ist, in die nachträglich zuzustellende Klage aufnimmt.

b) Eine weitere Frage ist freilich, ob es in solchen Fällen genügt, den Termin so wie hier geschehen, ohne gleichzeitige Mitteilung der betreffenden richterlichen Verfügung, einfach der zuzustellenden Klageabschrift beizusetzen; — denn hier, bei der Zustellung vom 8./9. Mai 1893 kann die in getrenntem Akt und Zeitpunkt, am 3. Mai 1893, erfolgte Zustellung der Protokollabschrift nebst Ladung allerdings nicht mit derjenigen der Klageschrift als einheitliche Zustellung zusammengefaßt werden; und nach § 191, Abs. 2, § 230 Nr. 3 der C.P.O. ist die Ladung in den Klageschriftsatz selbst aufzunehmen; die Ladung hinwieder kann, im Sinne der Civilprozeßordnung, nur eine solche zu einem bestimmten Termin sein und so muß die Klageschrift notwendig die Ladung zu einem vom Richter festgesetzten Termin enthalten wenn sie für sich der Vorschrift des § 230 entsprechen soll. Aber eine besondere Form für die Aufnahme des Termins in die Ladungsfrist ist vom Gesetz so wenig vorgeschrieben als dieses die speziellen Erfordernisse der Ladung überhaupt geregelt hat [1]) und auch die Entstehungsgeschichte der §§ 191 ff. läßt zwar das Erfordernis der Angabe des Termins bei der Ladung [2]), nicht aber eine bestimmte Form dieser Mitteilung als vom Gesetze gewollt erkennen. Wenn man nun auch nicht der ladenden Partei freigeben darf, den Termin, auf ihre im Termin sich entscheidende Verantwortung, in beliebiger Weise der Ladungsschrift beizusetzen [3]), wenn man es vielmehr nicht nur für zweckmäßig sondern für notwendig erachtet, daß die Mitteilung des Termins in einer Form erfolge, welche dem zu Ladenden die Ueberzeugung verschaffe, es sei der Termin der vom Richter bestimmte, so wäre damit gleichwohl noch nicht gegeben, daß solches ausschließ-

1) Vgl. Motive zu § 192 (Entw. § 185) S. 160.

2) Entsch. des Reichsgerichts Bd. XIII Nr. 83 S. 335 f.

3) Vgl. Hellmann, Lehrb. des Civilproz. § 68 S. 393 f. u. Note. v. Wilmowski-Levy, § 193 S. 303 Nr. 2, § 156 S. 256 Nr. 16.

lich nur durch Mitteilung einer vollständigen Abschrift des richterlichen Terminfestsetzungsbeschlusses geschehen könne und daß notwendig die präsidiale Unterschrift auf den zuzustellenden Ladungsschriftsatz übertragen werden müsse. Ist auch die letztere Form die üblichste und zweckmäßigste, so erscheint es doch nicht ausgeschlossen, daß auch auf andere Weise durch die Terminsangabe dem Geladenen die Ueberzeugung von einem zu Grunde liegenden Richterakt verschafft werde und die Zustellung des Terminfestsetzungsbeschlusses selbst, nach Maßgabe des § 156 der C.P.O., ist als für die Giltigkeit der Ladung wesentliches Erfordernis den Vorschriften des Gesetzes nicht zu entnehmen. Immerhin ist man auch bei Anerkennung des Prinzips, daß schon durch die zugestellte Ladung für sich der Gegenpartei zuverlässige Kenntnis von dem Termin als einem richterlich bestimmten zu geben sei, berechtigt, in diesen Grenzen den konkreten Umständen und bei dem Prozeßbetrieb durch Rechtsanwälte der Verantwortlichkeit des Anwalts, einem zweckmäßigen Geschäftsbetrieb Rechnung zu tragen, wie denn diesen Momenten und dem praktischen Bedürfnisse auch die allgemein anerkannte, von der Praxis in weitgehender Weise angewandte Unterstellung gerecht wird, daß die Beglaubigung des Anwalts am Schlusse des Schriftstückes auch eine beigefügte Abschrift des Terminsvermerks mitumfasse und decke [1]).

Im vorliegenden Falle kommt folgendes in Betracht: Die zugestellte Klageabschrift enthält die Ladung der Beklagten „zur mündlichen Verhandlung in die Sitzung des K. Landgerichts Rottweil, in welcher diese Sache gemäß der Terminsbestimmung des Herrn Vorsitzenden zum Aufruf kommen wird". Es war selbstverständlich, daß hier der außen auf der Klageabschrift beigesetzte Verhandlungstermin eben die in der Ladungsformel in Bezug genommene Terminsbestimmung zu bedeuten hatte. Diese Terminsangabe war auch eine objektiv richtige, es war der in der Verhandlung vom 28. April 1893 von dem Vorsitzenden

1) Gaupp, § 193 I S. 383, § 156 IV S. 329 f. übrigens S. 330 2a; Busch, Zeitschrift Bd. 19 S. 448; Fitting in Busch Z. XI S. 57 Nr. 71; S. 29 f. Note 28, 30.

bestimmte und verkündete Termin. Für den Anwalt des Beklagten war es im gegebenen Falle absolut sicher, daß der auf der Klage angegebene Termin der vom Gericht anberaumte war, derselbe Termin, welchen ihm der (von ihm eigens zum Voraus hierum ersuchte) Gegenanwalt durch Zustellung einer amtlich beglaubigten Abschrift des Sitzungsprotokolles am 3. Mai 1893 kund gegeben hatte, auf welchen sodann Rechtsanwalt G. als auf den „zur mündlichen Verhandlung des Rechtsstreits bestimmten Termin" in der schriftlichen Klagebeantwortung seine Anträge ankündigte.

Bei dieser Sachlage ist das Erfordernis einer legalen Ladung unbedenklich als erfüllt anzusehen.

c) Aber auch die Rüge, daß eine ordnungsmäßige Abschrift nicht zugestellt worden sei, erscheint nicht als begründet.

Der Kläger hatte in der Klage, wie sie in der Urschrift anfänglich enthalten und zur Terminsbestimmung eingereicht worden war, zwei verschiedene Anträge verbunden, den einen (Antrag A), Anfechtung der Unterpfandsbestellung vom 19. Mai 1891 betreffend, den anderen (B) Anfechtung von Rechtsakten hinsichtlich des nach Berlin verbrachten Warenlagers, gerichtet auf Rückgewähr von 10 000 M. Der klägerische Anwalt hat nun — zufolge eines Beschlusses des Gläubigerausschusses — nach der Terminsbestimmung den ersten Klageanspruch (A) mittels Erklärung an das Prozeßgericht zurückgezogen und die Klageabschriften in der Folge der Gegenpartei unter Weglassung des Klagegesuches A nur mit dem Petitum B zugestellt. Mit dieser Zustellung war nun eben der zweite, nicht auch der erstere Anfechtungsanspruch rechtshängig geworden.

Die zugestellte Klageabschrift enthielt den Antrag B und die Begründung hiezu wie unbestritten wörtlich übereinstimmend mit dem bezüglichen Teil der Urschrift. Wenn daneben, sei es absichtlich oder aus Versehen auch die zu dem weggefallenen Klageanspruch A gehörige Begründung stehen gelassen war, so berechtigt dies ebensowenig als die Weglassung des einen Klageantrags zu der Annahme, daß dem gesetzlichen Erfordernisse der Zustellung einer beglaubigten Abschrift im Sinne von § 156

der C.P.O. nicht genügt sei. Ein Nachteil konnte der Beklagten im gegenwärtigen Fall aus der Verschiedenheit der Abschrift und der unveränderten Urschrift nicht erwachsen: wäre aber ein Nachteil möglich gewesen, so war für die Beklagte die ihr zugestellte Abschrift maßgebend [1]).

Wenn es sodann auch richtig sein sollte, daß, wie der Anwalt der Berufungsbeklagten geltend macht, die Klage beziehungsweise die Urschrift durch den Zeitpunkt der Terminsbestimmung ein für allemal fixiert werde, so ließe sich dieser Satz im Falle einer (objektiven) Klagenhäufung doch nur auf jeden der verbundenen Ansprüche für sich anwenden. Im vorliegenden Fall ist der Klageanspruch auf Rückgewähr der 10 000 M. in der zugestellten Klageabschrift ganz identisch mit dem betreffenden Teil der Urschrift erhoben. Und auch bezüglich der Klagebegründung trat durch Weglassung des ersten Klageantrages eine Veränderung nicht ein; ein vernünftiger Zweifel konnte, zumal für den mit der Sachlage bekannten Anwalt der Beklagten, über den Umfang der nunmehrigen Klagerhebung nicht entstehen; die Gefährdung durch eine etwaige Klageänderung, worauf noch hingewiesen wurde, lag wenigstens hier nicht vor. Keinenfalls läßt sich eine Verletzung der formellen Vorschrift des § 156 der C.P.O. behaupten.

3. Uebrigens wäre, falls die Klagzustellung vom 8./9. Mai 1892 wirkungslos gewesen sein sollte, derjenigen vom 13. Juli 1893 die legale Giltigkeit zuzuerkennen.

Der Unterrichter hat auch diese Klagerhebung für ungiltig erklärt, weil auf der am 13. Juli 1893 zugestellten Klageabschrift ein alter, längst verflossener Termin angegeben ist und die Sache gerade so liege wie wenn die Klageschrift gar keinen Termin enthielte, durch die beigefügte Protokollabschrift aber der Mangel nicht ergänzt werde.

a) Es ist nun, was die Fragen der Zulässigkeit einer Nachholung bei der Klagerhebung überhaupt und der Notwendigkeit erneuter Einreichung bei Gericht zum Zweck der Terminsbe-

1) Vgl. Gaupp, § 156 V S. 330. Wilmowski-Levy, § 156 S. 256. Entsch. des Reichsgerichts IV S. 438.

stimmung anlangt auf das schon Ausgeführte zu verweisen; und es kann hiernach, was den letzteren Punkt betrifft, dahin gestellt bleiben ob ein Verzicht des Vertreters der Beklagten auf Einholung einer schriftlichen Terminsbestimmung aus der „Einigung" der Parteien auf den neuen Termin entnommen werden dürfte.

b) Weiterhin aber könnte es sich — wenngleich die Beklagte nach dieser Richtung selbst keinen Anstand erhoben hat — fragen, ob die Klageschrift hier als zugestellt anzusehen ist; es möchte dies um deswillen bezweifelt werden weil die Klageabschrift nicht besonders, vielmehr nur als Beilage eines anderen Schriftstücks „behändigt" wurde und in der Zustellungsurkunde die „Beilage" nicht näher bezeichnet, die Klageschrift nicht genannt ist. Da indessen unbestrittenermaßen die Klageabschrift der Beklagten beziehungsweise ihrem Anwalt, eben als jene Beilage, durch den Zustellungsbeamten behändigt worden ist, so könnte es sich nur allenfalls um den Mangel der Aufnahme einer gesetzmäßigen Zustellungsurkunde handeln (C.P.O. § 173 Abs. 1, § 174). Aber wollte man auch, was die Bedeutung der Zustellungsurkunde anlangt, der strengeren Auffassung beipflichten, wonach die Zustellungsurkunde nicht bloßes Beweismittel, sondern ein integrierender Bestandteil des Zustellungsaktes selbst ist und von deren (richtiger) Aufnahme — wie von der Einhaltung der Zustellungsförmlichkeiten überhaupt — die Giltigkeit der Zustellung abhängt[1]), so ist die Bestimmung des § 173 Abs. 1 der C.P.O. doch nicht dahin zu verstehen, daß über die Zustellung jedes einzelnen Schriftstücks notwendig und unter allen Umständen eine gesonderte Urkunde aufzunehmen sei. Es erscheint nach dem Gesetz nicht als ausgeschlossen, daß eine Klageabschrift als Anlage zu einem anderen Schriftstück zugestellt wird. Der Angabe des Inhaltes des zuzustellenden Schriftstückes bedarf es nicht[2]). Wenn freilich die Identität, welche durch die Verbindung der

1) Vgl. einerseits Gaupp, § 156 S. 327[1], § 173 S. 351 Note 2 und Cit.; andererseits v Wilmowski-Levy, § 173 Note 1, § 174 S. 279. Reincke, C.P.O. § 173 S. 201. Struckmann-Koch (6. A.) S. 209, 3.

2) Gaupp zu § 174 Nr. 6 S. 354. Dienstanweisung für Gerichtsvollzieher vom 23. September 1879 § 11, § 30 Z. 6.

Zustellungsurkunde mit der Urschrift oder einem mit derselben verbundenen Bogen hergestellt wird (C.P.O. § 173 Abs. 2, Dienstanweisung § 30 Abs. 3) für solche Schriftstücke, die nur als Anlagen, ohne Bezeichnung des Inhaltes — vgl. auch § 121 Nr. 1 der C.P.O. — zugestellt werden, nicht gesichert ist, so ist diese Sicherstellung auch in anderen Fällen praktisch nicht überall zu erreichen. Keinenfalls vermöchte man hier, wo der Zustellungsakt an sich außer Streit ist, einem Formmangel solcher Art Einfluß auf die Giltigkeit der Zustellung einzuräumen.

c) Was weiterhin das Erfordernis einer mit der Klage verbundenen Ladung (C.P.O. § 230 Nr. 3 § 191 Abs. 2) anlangt, so wäre der Entscheidung des Unterrichters dann wohl beizustimmen, falls die Klageschrift für sich allein zugestellt worden wäre. Denn die Ladung ist begriffsgemäß eine Aufforderung zum Erscheinen in einem künftigen Termin; eine Ladung zu einem der Vergangenheit angehörigen Zeitpunkt enthielte einen Widerspruch in sich selbst. Und ein solcher Fall ist demjenigen nicht ohne Weiteres gleichzustellen, wo ein materiell unrichtiger — etwa nach dem Kalender gar nicht existierender — aber doch auf die Zukunft sich beziehender Termin angegeben ist [1]). Um ein Versehen handelt es sich übrigens im vorliegenden Falle nicht, vielmehr wurde nach dem Vorbringen des Berufungsklägers der alte Termin vom 22. Dezember 1892 absichtlich auf der Klageschrift angebracht um sie als „ächte Abschrift" der Urschrift beglaubigen zu können. Es wäre dies nun allerdings nicht nötig gewesen; der ursprüngliche Termin bildete nicht einen Bestandteil des eigentlichen Klageinhalts und zum Zweck jener Ladung bedurfte es des Beisatzes der früheren Terminsbestimmung nicht mehr [2]). Die Angabe des alten Termins war jedoch unschädlich, falls mit der neu zugestellten Klage eine richtige Ladung verbunden, dem früheren Termin ein künftiger substituiert wurde. Und diese Ergänzung ist denn auch durch die mit der Klageschrift zugleich zugestellte Protokollabschrift in form-

1) Vgl. Zwischenurteil des K. Oberlandesgerichts vom 24. Januar 1889 in S. Bräuninger g. Ohning.

2) Entsch. des Reichsgerichts Bd. XXI Nr. 83 S. 405.

genügender Weise bewirkt worden. Ganz außer Zweifel wäre dies, wenn die beiden Schriftstücke, sei es durch körperliche Verbindung, sei es durch ausdrückliche Bezugnahme in dem einen auf das andere dergestalt in Zusammenhang gebracht wären, daß sie als einheitliches Schriftstück gelten könnten, oder auch die Protokollabschrift als Bestandteil der Klageschrift erschiene [1]). Aber selbst so wie hier die neue Terminsbestimmung mit der Klageschrift durch einheitliche Insinuation in Verbindung gebracht ist, darf dies als dem Gesetze genügend erachtet werden. Daß die Abschrift der Klage und die des Protokolles zusammengehörten, war durch die Zustellungsurkunde, wovon die Zustellungsempfänger gleichfalls Abschrift erhielten, für diese erkennbar gemacht. Ob das Protokoll und die Klageabschrift etwa zusammengeheftet oder das eine Schriftstück dem anderen nur lose beigelegt war, ist ein so äußerlicher Unterschied, daß er für das Wesen der Sache kaum in Betracht kommt. Daß die Ladung in der Klageschrift sich nicht mehr auf den verflossenen Termin vom 22. Dezember 1892 bezog, war für Jedermann klar. Die Ladung in der Klage selbst aber gewann die Bedeutung einer wirklichen, auf die Zukunft gerichteten Ladung sobald mit derselben ein künftiger Termin in Verbindung gebracht war; die Ladungsformel war für diese Funktion nicht durch den Verfluß des alten Termins unbrauchbar geworden.

Im vorliegenden Fall zumal, wenn anders die Berücksichtigung der konkreten Umstände auch hier in gewissen Grenzen gestattet ist, war ein Zweifel oder Mißverständnis auf Seite der Zustellungsempfänger, wenigstens des Rechtsanwalts G., welcher sich mit dem Gegenanwalt auf den neuen Termin geeinigt hatte und in dessen Anwesenheit der fragliche Termin verkündet worden war, ja schlechterdings ausgeschlossen.

II. Ob in dem prozessualischen Verhalten des Vertreters der Beklagten, seinen Erklärungen in den Terminen vor dem 30. Juni 1893, seinem Schreiben vom 27. April 1893 oder in der schriftlichen Klagebeantwortung ein in konkludenter Weise

1) Vgl. Entsch. des Reichsgerichts. Bd. XXII Nr. 86 S. 420. Wilmowski-Levy, § 191 S. 301 Ziff. 2.

kundgegebener Verzicht auf Befolgung der Formvorschriften hinsichtlich der ersten, beziehungsweise zweiten Klagezustellung — nach C.P.O. § 267, erster Fall, zu finden wäre, kann bei dieser Sachlage dahin gestellt bleiben: dem Ausgeführten zufolge ist ohnedem der von der Beklagten erhobene Einwand, die Klage sei noch gar nicht gesetzmäßig erhoben, zu verwerfen.

III. Dieser Einwand, das Bestreiten der Prozeßvoraussetzung des § 230 der C.P.O., ist nicht eine prozeßhindernde Einrede im Sinne von § 247 C.P.O. [1]), wohl aber ein selbstständiger Streitpunkt im Sinne von § 137 der C.P.O. Es war daher, nachdem die Verhandlung zunächst auf die Frage der Prozeßvoraussetzungen beschränkt blieb, nur über den Einwand der Beklagten durch Zwischenurteil nach Maßgabe von § 275 der C.P.O. zu erkennen [2]).

Eine Zurückverweisung der Sache an das Gericht erster Instanz aber hat nicht zu erfolgen, da wie erwähnt eine prozeßhindernde Einrede nicht in Frage steht, die Vorschrift in § 500 Abs. 1 Nr. 2 der C.P.O. daher, wenn gleich die Beklagte ihren Einwand als prozeßhindernde Einrede bezeichnet hat, keine Anwendung findet, da weiterhin eine analoge Ausdehnung jener Gesetzesvorschrift auf Fälle der vorliegenden Art nicht Platz greift, es vielmehr hier bei der Regel des § 499 der C.P.O. bewenden muß [3]).

Ein Mangel im Verfahren der ersten Instanz, welcher nach § 501 der C.P.O. eine Zurückverweisung ermöglichen würde [4]), liegt nicht vor. Und auch daraus, daß das angefochtene Urteil, ohne Verhandlung über den materiellen Streitgegenstand ergangen, die Klage nur „angebrachter Maßen" abgewiesen hat,

---

1) Vgl. Gaupp, § 230 S. 436, § 247 S. 496 Z. II; Wilmowski-Levy, § 247 Note 1 S. 409 f.

2) Vgl. Entsch. des Reichsgerichts. I Nr. 154 S. 429 i. f.

3) Vgl. Gaupp, § 500 S. 51 I S. 54 f. Note 22 § 499 S. 49. Entsch. des Reichsgerichts. V Nr. 102 S. 376; X Nr. 94 S. 318; XVII 86 S. 496; XXVII Nr. 89 S. 347; XXIX Nr. 113 S. 420. Kries, Die Rechtsmittel. S. 194. Gruchot, Beiträge. XXXI S. 734.

4) s. z. B. Jahrb. der W. Rechtspflege. Bd. V S. 305 ff.

ist ein gesetzlicher Grund für Zurückverweisung der Sache nicht herzuleiten.

Zwischenurteil des II. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 28. Juni 1894 in S. Müller'sche Konkursmasse g. Gewerbebank Schwenningen.

29.

Zuständigkeit zur Entscheidung der Frage, was zu dem der Zwangsvollstreckung unterliegenden Vermögen des Gemeinschuldners (§ 1 K.O.) gehört.

In einem Konkursverfahren hat sich der Gemeinschuldner bei dem Konkursgericht, dem Amtsgericht Sch., darüber beschwert, daß der Konkursverwalter verschiedene Vermögensstücke, die dem Beschwerdeführer zur persönlichen Ausübung seines Gewerbes unentbehrlich seien und daher der Zwangsvollstreckung nicht unterliegen, zur Konkursmasse gezogen habe. Das Amtsgericht wies die Beschwerde als unbegründet zurück. Auf erhobene Beschwerde hat die Civilkammer E. den Beschluß des Amtsgerichts aufgehoben und eine Entscheidung über den gestellten Antrag abgelehnt, indem sie davon ausgieng, daß ein Streit zwischen Gemeinschuldner und Konkursverwalter darüber, was zur Konkursmasse gehöre, im Weg der Klage auszutragen sei. Die hiegegen eingelegte weitere Beschwerde wurde vom Oberlandesgerichte für zulässig angesehen und es wurde unter Aufhebung des Beschlusses der Civilkammer dieser aufgegeben, über den gestellten Antrag materiell zu entscheiden

in Erwägung

daß nach § 65 K.O. im Konkursverfahren die Vorschriften der C.P.O. entsprechende Anwendung finden, und daß daher für die Beurteilung der Frage, was zu dem der Zwangsvollstreckung unterliegenden Vermögen des Gemeinschuldners, welches das Konkursverfahren nach § 1 K.O. umfaßt, gehört, die Bestimmungen der C.P.O. über die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen und folgeweise auch die §§ 715 u. 685 C.P.O.

maßgebend sind, daß hienach über den die Art der Zwangsvollstreckung betreffenden Antrag des Gemeinschuldners, daß die von dem Konkursverwalter zur Konkursmasse gezogenen Vermögensgegenstände dem Gemeinschuldner freizugeben seien, weil sie nach § 1 K.O. und § 715 Z. 4 C.P.O. nicht der Zwangsvollstreckung unterliegen, in entsprechender Anwendung des § 685 C.P.O. das nach § 64 K.O. zuständige Amtsgericht, also im vorliegenden Fall das K. Amtsgericht Sch. zu entscheiden hat.

Beschluß des II. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 5. Nov. 1894 in der Beschwerdesache des Christian Löffler.

30.

Pfändungsgebühr in dem Fall, da gleichzeitig für zwei Gläubiger gepfändet wird.

Ein Gerichtsvollzieher und dessen Stellvertreter haben je in einem Fall gleichzeitiger Pfändung für zwei Gläubiger zweifache Pfändungsgebühr für sich berechnet. Das Amtsgericht hat nur eine Gebühr für zulässig erklärt und die Civilkammer, sowie das Oberlandesgericht haben diese Ansicht gebilligt, letzteres Gericht aus folgenden

Gründen:

Wird in Gemäßheit des § 728 Abs. 3 der C.P.O. gleichzeitig für mehrere Gläubiger eine Pfändung bewirkt, so liegt trotz der Mehrheit der beizutreibenden Forderungen doch nur Ein Zwangsvollstreckungsverfahren vor, wie die Beschwerdeführer denn auch über die Pfändung und die Versteigerung in den in Frage stehenden Fällen je nur Ein Protokoll aufgenommen und für die sämtlichen hiebei erwachsenden Akten nach der Vorschrift des § 29 der Gerichtsvollzieher-Verordnung vom 6. September 1879 nur Ein Aktenheft angelegt haben. Daß innerhalb desselben Zwangsvollstreckungsverfahrens die Mehrheit der beizutreibenden Forderungen den Gerichtsvollzieher nicht berechtige, je aus den Beträgen der einzelnen Forderungen besondere Gebühren anzusetzen, daß vielmehr diesfalls nur der Ansatz einer,

aus dem Gesamtbetrag der einzelnen Forderungen zu berechnenden Gebühr statthaft sei, hat der diesseitige Senat schon in einer Entscheidung vom 13. Oktober 1891 ausgesprochen. Die Beschwerde, auf welche jene Entscheidung ergieng, betraf den Abstrich von Gebühren in einem Falle, in dem die mehreren Forderungen Einem und demselben Gläubiger zustanden, und es war demgemäß auch nur dieser Fall Gegenstand der damaligen Entscheidung. Im gegenwärtigen Fall stehen nun die mehreren Forderungen verschiedenen Gläubigern zu. Da jedoch hierdurch bei der Einheit des Pfändungsakts und der Versteigerung, die nach § 728 Abs. 1 vgl. mit Abs. 3 für alle beteiligten Gläubiger erfolgt, eine Mehrheit von Zwangsvollstreckungsverfahren nicht bedingt wird, so vermag auch die Mehrheit der betreibenden Gläubiger den Ansatz einer mehrfachen Pfändungsgebühr nicht zu rechtfertigen.

Aus § 4 Abs. 1 der Geb.-Ordnung, welcher bestimmt, daß die Gebühr für die Pfändung nach der Höhe der beizutreibenden Forderung sich bemesse, läßt sich nichts für das Gegenteil folgern, sofern diese Bestimmung eben den gewöhnlichen Fall der Betreibung einer Forderung im Auge hat. Wenn die Beschwerdeführer aber auf § 17 Abs. 2 der Gebühren-Ordnung sich berufen, wornach nur bezüglich der Reisekosten unter gewissen Voraussetzungen mehrere Geschäfte als ein Geschäft gelten sollen, und aus dieser Ausnahmebestimmung die Folgerung ableiten, daß eine Zusammenrechnung des Betrags mehrerer Forderungen nicht stattfinde, so geht solche Argumentation um deswillen fehl, weil der § 17 Abs. 2 eine Mehrheit von Geschäften voraussetzt, während es sich im vorliegenden Falle um das eine Geschäft der Pfändung handelt. Endlich ist auch der Hinweis der Beschwerdeführer darauf, daß ihnen bei der Vollstreckung verschiedener Schuldtitel mehr Mühe erwachse, ohne Belang gegenüber den in § 4 der Gebühren-Ordnung als „Gebühr für die Pfändung" bestimmten Sätzen, welche übrigens auch beim Zusammenrechnen der Beträge mehrerer Forderungen, soweit dies nur nicht innerhalb derselben Werts-

klasse geschieht, eine höhere Gebühr gewähren, die sich überdies nach Abs. 2 im Falle der Verlängerung der aufzuwendenden Zeit nochmals erhöht.

Beschluß des II. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 8. Dezember 1894 in der Beschwerdesache des Gerichtsvollziehers Müller und Gen.

II.

Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofs.

9.

Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Versäumung der Frist des § 58 Abs. 1 des Krankenversicherungsgesetzes vom 15. Juni 1883/10. April 1892 und des Art. 15 des Ausführungsgesetzes vom 16. Dezemb. 1888/12. Mai 1893[1]).

Die K. Regierung für den Neckarkreis hat die Klage, mit der nach Maßgabe des § 58 des Krankenversicherungsgesetzes vom 15. Juni 1883/10. April 1892 und des Art. IV. des Ausführungsgesetzes vom 12. Mai 1893 der Kläger die ihm am 10. Januar 1894 zugestellte Entscheidung des Gemeinderats zu Heilbronn angefochten hat, durch ihren Bescheid vom 27. Februar 1894 als rechtlich unzulässig, weil die Klagschrift bei der Kreisregierung erst am 10. Februar, also nach Ablauf der vierwöchigen Frist eingekommen sei, zurückgewiesen; und als sodann der Kläger in seiner Eingabe vom 8./9. März Einspruch nach Art. 27 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 erhob und um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist nachsuchte, hat die Kreisregierung in ihrem Urteil vom 7. April unter Ablehnung dieses Antrags die Klage als unzulässig abgewiesen. Die gegen dieses Urteil von dem Kläger erhobene Berufung ist von dem Verwaltungsgerichtshof zurückgewiesen worden.

Aus den Gründen:

1) Die Zulässigkeit der Wiedereinsetzung verneint v. Schicker, Krankenversicherungsgesetz. 2. Aufl. S. 309 Note 16; vgl. auch die dort angef. Entscheidungen.

Der Unterrichter hat seine Entscheidung, wodurch die von dem Kläger beantragte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand abgeschlagen worden ist, damit begründet, daß auf die Versäumnis dieser nicht prozessualischen Frist die Vorschriften der Reichszivilprozeßordnung über die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§§ 211—216) keine Anwendung finden und daß auch die Voraussetzungen für die Wiedereinsetzung — Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle — nicht zutreffen würden.

Bezüglich der Frage der Zulässigkeit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist nun allerdings der der Verneinung dieser Frage zu Grunde liegenden Auffassung des Unterrichters, daß die von dem Kläger versäumte Frist keine prozessualische Frist sei, nicht beizutreten. Die gesetzliche vierwöchige Frist für die „Anfechtung der Entscheidung" der Aufsichtsbehörde durch Klageerhebung bei dem Verwaltungsgerichte (bzw. in andern Bundesstaaten bei dem Zivilgerichte) ist eine Ausschlußfrist, welche darum, weil das administrative Verfahren der Aufsichtsbehörde in dem verwaltungsgerichtlichen (bzw. in dem civilgerichtlichen) Verfahren fortgesetzt wird, den Charakter einer Prozeßfrist hat. Eine solche Ueberleitung eines administrativen (oder auch eines schiedsgerichtlichen) Verfahrens in ein gerichtliches oder des Verfahrens vor einem besonderen Gericht in das Verfahren vor dem ordentlichen Gericht ist in der neuzeitlichen Reichs- und Landesgesetzgebung keine Seltenheit. Einzelne dieser Gesetze haben die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Anfechtungsfrist ausdrücklich zugelassen, andere haben sie mit Stillschweigen übergangen; vereinzelt ist auch die Wiedereinsetzung ausdrücklich ausgeschlossen worden [1]). Für den vorliegenden Fall ist daher die entscheidende Frage, ob aus dem Stillschweigen des § 58 des Krankenversicherungsgesetzes über die Zulässigkeit einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Fristversäumnis die reichsgesetzliche, aus dem Stillschweigen des Art. IV

1) Vgl. insbes. Reichsgesetz vom 29. Juli 1890 über die Gewerbegerichte § 72 und § 79 Abs. 3, Reichsstrafprozeßordnung §§ 455 und 461, Württ. Ausführungsgesetz zur Zivilprozeßordnung Art. 8 Abs. 1 und 4, Gesetz über die Zwangsenteignung von Grundstücken vom 20. Dezember 1888 Art. 25 Abs. 4 und Art. 41 Abs. 3.

des Gesetzes vom 12. Mai 1893 die landesgesetzliche Ausschließung der Wiedereinsetzung abzuleiten ist und, falls diese Frage zu verneinen ist, ob die Bestimmungen des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 über die Verwaltungsrechtspflege [1]) vermöge analoger Anwendbarkeit die Wiedereinsetzung gestatten.

Nach der Lage der Sache kann aber der Verwaltungsgerichtshof davon absehen, diese prinzipielle Frage hier zum Austrag zu bringen, da bei Unterstellung der Statthaftigkeit der Wiedereinsetzung der von dem Kläger hierauf gestellte Antrag zurückzuweisen war, weil er nicht rechtzeitig gestellt worden ist. Nach dem gemäß Art. 38 Abs. 2 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 zur Anwendung zu bringenden § 212 Abs. 1 und 2 der Zivilprozeßordnung muß die Wiedereinsetzung innerhalb einer zweiwöchigen Frist beantragt werden, welche für den Kläger mit dem Tage begann, an welchem das Hindernis gehoben war, welches der Einhaltung der Klageerhebungsfrist entgegenstand. Wie der Kläger in erster Instanz vorbringt, ist er am 9. Februar wieder in den Besitz seines von der Kreisregierung wegen ungenügender Frankatur nicht angenommenen Briefes gekommen, worauf er am 10. Februar sein Schreiben der Kreisregierung übergeben hat. Er hat aber erst in seiner am 9. März eingekommenen Eingabe vom 8. März die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nachgesucht, während nach der angeführten Gesetzesbestimmung die Wiedereinsetzung innerhalb zweier Wochen seit dem Tage hätte beantragt werden müssen, an welchem für ihn die Wiedereinreichung der Klagschrift bei der Kreisregierung ermöglicht war.

Hienach ist, ohne daß darauf einzugehen ist, ob nach dem klägerischen Vorbringen im übrigen die Voraussetzungen für die Wiedereinsetzung vorliegen, das Urteil der Kreisregierung zu bestätigen.

Urteil vom 2. Juli 1894 in der Berufungssache des Ignaz Dörzbach von Erlenbach gegen die Ortskrankenkasse II in Heilbronn.

1) Vgl. Art. 38 Abs. 2, 44 Abs. 5. 51 Abs. 3.

10.

Gewerbesteuerpflicht der Konsumvereine [1]).

Der schon seit dem Jahr 1866 bestehende Konsumverein in Ulm hat sich auf Grund des am 1. Januar 1871 in Württemberg in Kraft getretenen Genossenschaftsgesetzes vom 4. Juli 1868 in seinem Statut vom 22. Mai 1872 als eingetragene Genossenschaft konstituiert. Der § 2 dieses Statuts bestimmte, daß die Waren an Mitglieder abzugeben sind, und stellte es dem Ermessen des Vorstands anheim, ob und in wie weit der Verkauf von Waren auch auf Nichtmitglieder ausgedehnt werden soll. Von diesem Vorbehalt ist kein Gebrauch gemacht worden. Im Jahr 1883 wurde der Verein zur Einreichung der vorgeschriebenen Gewerbesteuerfassion aufgefordert. Er bestritt seine Steuerpflicht überhaupt, da er kein Gewerbe betreibe, wurde aber mit seiner Beschwerde in der höchsten Verwaltungsinstanz abgewiesen. Auf erhobene Rechtsbeschwerde hat der Verwaltungsgerichtshof durch das im Württ. Archiv Bd. 23 S. 264 ff. veröffentlichte Urteil vom 9. Februar 1884 [2]) erkannt: „1. Die Verfügung des K. Finanzministeriums vom 17. Oktober v. J. nebst Sportelansatz wird außer Wirkung gesetzt; 2. der Beschwerdeführer ist, so lange er den Geschäftsbetrieb des Vereins auf seine Mitglieder beschränkt, nicht verpflichtet, die Staatsgewerbesteuer zu entrichten." Im Jahr 1889 hat der Verein auf Grund des neuen Genossenschaftsgesetzes vom 1. Mai 1889 ein neues Statut errichtet und sich in eine Genossenschaft mit beschränkter Haftpflicht umgewandelt. Im Jahr 1893 wurde der Verein von neuem zur Gewerbesteuerfassion aufgefordert und mit seinen Beschwerden

1) In Betreff der hiemit zusammenhängenden Frage der Anwendung der Gewerbeordnung auf die Konsumvereine vgl. über die bisherige Auffassung von Schicker, Gewerbeordnung. 3. Aufl. S. 2.

2) Vgl. auch das bezüglich der Entrichtung von Wirtschaftsabgaben auf die Rechtsbeschwerde des Konsumvereins Stuttgart ergangene Urteil des Verwaltungsgerichtshofs im Württ. Archiv. Bd. 23 S. 226 f., sowie in Betreff der angeblichen Widersprüche in den beiden Entscheidungen Boscher's Zeitschrift. 1884 S. 217 und 346, 1885 S. 147.

in der Verwaltungsinstanz, zuletzt durch Verfügung des K. Finanzministeriums vom 24. April 1894 abgewiesen. Die gegen diese Verfügung an den Verwaltungsgerichtshof erhobene Rechtsbeschwerde ist durch Urteil vom 24. April 1895 aus den nachstehenden Gründen verworfen worden. Gleichzeitig fanden hiebei die von einer Mehrzahl anderer Konsumvereine gegen die Heranziehung zur Gewerbesteuer eingelegten Rechtsbeschwerden ihre Erledigung.

I. Konsumvereine als „Vereine zum gemeinschaftlichen Einkaufe von Lebens- oder Wirtschaftsbedürfnissen im Großen und Ablaß im Kleinen" erwerben die Rechte einer „eingetragenen Genossenschaft", wenn sie eine Gesellschaft von nicht geschlossener Mitgliederzahl bilden, welche die Förderung des Erwerbes oder der Wirtschaft ihrer Mitglieder mittelst gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebes bezwecken (Gesetz vom 1. Mai 1889, betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, § 1). Unter der Herrschaft des Genossenschaftsgesetzes vom 4. Juli 1868 mit der Deklaration vom 19. Mai 1871 wurde die Gewerbesteuerpflicht der Konsumvereine auf die Ausdehnung ihres Geschäftsbetriebes auf Nichtmitglieder gestützt. Jetzt dürfen sie im regelmäßigen Geschäftsverkehr nur an Personen verkaufen, welche als Mitglieder oder deren Vertreter bekannt sind oder sich als solche in der durch das Statut vorgeschriebenen Weise legitimieren (§ 8 Abs. 4 des Gesetzes). Uebrigens wird der Konsumverein in Ulm (Rechtsbeschwerdeführer) nicht wegen thatsächlicher Uebertretung dieses Verbots, das bis jetzt nicht durch eine Strafbestimmung gesichert ist, sondern nur unter der allgemeinen civilrechtlichen Verantwortung der Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats steht (§ 32, 39 des Gesetzes), sondern wegen seines Geschäftsbetriebes als solchen für die Gewerbesteuer in Anspruch genommen.

II. Das Gesetz vom 1. Mai 1889 enthält so wenig, wie das frühere Gesetz, eine Bestimmung über die Steuerpflicht, obwohl die Frage sowie die Unterstellung der Konsumvereine unter die Gewerbeordnung anläßlich des Antrags auf Aufnahme des Verbots (§ 8) mehrfach berührt wurde (Kommiss.-Bericht S. 10,

11—13; Stenogr. Ber. S. 1043, 1056, 1292—1297). Daß aus der Ueberschrift des neuen Gesetzes die Worte der Ueberschrift des Gesetzes vom 4. Juli 1868 „die privatrechtliche Stellung" weggefallen sind, ist für die Steuerpflicht ohne Belang.

Die Gewerbeordnung giebt eine Begriffsbestimmung des Gewerbes nicht; daß das Handelsgewerbe unter die Gewerbeordnung fällt, soweit nicht Ausnahmen vorgesehen sind, ist außer Zweifel (Gew.-Ordn. § 6, 105 b, 154 Abs. 1). Auch das Gesetz vom 28. April 1873, betreffend die Grund- Gebäude- und Gewerbesteuer, bestimmt den Begriff des Gewerbes nicht; es unterwirft der Gewerbesteuer die im Lande betriebenen Gewerbe jeder Art, auch wenn sie durch Stellvertreter betrieben werden, also auch die im Lande betriebenen Handelsgewerbe (Art. 1 Abs. 1 Ziff. 3, Abs. 2 zu Ziff. 3, Art. 86, 91). Frei bleibt nur „der Handel mit Produkten von eigenen oder gepachteten Grundstücken, sowie mit den davon ernährten Tieren und deren Erzeugnissen, sei es, daß die Produkte roh oder in einem andern Zustande verkauft werden, der in dem Kreise des land- und forstwirtschaftlichen Betriebs liegt" (Art. 2 I. 8.).

III. Der Beschwerdeführer ist als eingetragene Genossenschaft selbständiges Rechtssubjekt nicht bloß nach außen, sondern auch seinen Mitgliedern gegenüber. In § 17 Abs. 1 des Gesetzes vom 1. Mai 1889 wird in den Worten: „Die eingetragene Genossenschaft als solche hat selbständig ihre Rechte und Pflichten" die juristische Persönlichkeit der eingetragenen Genossenschaft im Anschluß an Art. 213 H. G. B. viel schärfer zum Ausdruck gebracht, als im § 11 des früheren Gesetzes, welcher sich an den die offene Handelsgesellschaft behandelnden Art. 111 H. G. B. anlehnte. Auch das Vermögen des Beschwerdeführers ist ein von dem Vermögen der einzelnen Mitglieder rechtlich getrenntes; an den einzelnen Bestandteilen des Vermögens steht ihnen kein ideeller Anteil zu (Ges. § 71. Statut des Konsumvereins Ulm § 9, 16); dasselbe unterliegt nur dem Angriff der Genossenschaftsgläubiger, nicht der Privatgläubiger eines Mitglieds (vgl. Ges. § 64), über dasselbe wird ein selbständiger Konkurs eröffnet (§ 91 ff.). Das Gesetz sorgt selbst für die all-

mähliche Bildung eines e i g e n e n Vermögens der Genossenschaft' insbesondere durch die obligatorische Vorschrift über die Bildung eines Reservefonds und durch die Vorschrift über die Verwendung des bilanzmäßigen Jahresgewinnes (§ 7 Ziff. 4 Statut § 14, 16 und 19), wie es auch unerwarteten Schwankungen des Vermögensstandes durch die Vorschrift begegnet, daß ohne gleichzeitigen Austritt die Kündigung des Geschäftsguthabens unstatthaft, und daß das Ausscheiden eines Mitglieds regelmäßig auf das Ende eines Geschäftsjahres verlegt ist (§ 22, 63—66, 75 Statut § 5—8, § 11). Die Genossenschaft erzielt und verteilt den Reingewinn, den sie durch den Umsatz ihres Vermögens macht (Ges. § 19 Statut § 12—14). Das Wesen einer Genossenschaft wird freilich nicht erkannt ohne Beachtung ihres Verhältnisses zu ihren Mitgliedern. Denn es sind die Mitglieder, welche mit ihren Geschäftsanteilen das Unternehmen begründen, das sie zur Förderung ihrer Zwecke gemeinschaftlich betreiben wollen, und die Genossenschaft ins Leben rufen, welche die Förderung des Erwerbes oder der Wirtschaft ihrer Mitglieder mittelst gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebes bezweckt (Ges. § 1, § 3 Abs. 1. Statut § 1, 2). Die Mitglieder erhalten den Gewinn und tragen den Verlust, wie er sich nach der Bilanz ergiebt (Ges. § 19, 71. Statut § 9, 14). An die Mitglieder wird bei Auflösung der Genossenschaft das nach Deckung der Verbindlichkeiten der Genossenschaft und Zurückzahlung der Geschäftsguthaben übrig bleibende Vermögen verteilt (Ges. § 88, 89). Endlich sind es die Mitglieder, die im Fall der Eröffnung des Konkurses über die Genossenschaft subsidiär, aber solidarisch, wenn gleich, wie bei dem Beschwerdeführer, beschränkt auf eine gewisse Summe (Haftsumme) für die Verbindlichkeiten der Genossenschaft sowohl diesen wie unmittelbar den Gläubigern haften (Ges. § 2 Ziff. 3, § 23, § 99 ff. § 135). So erscheint die selbständige Genossenschaft nur als das Mittel, welches das Gesetz den Genossen zur Wahl stellt, um ihre Zwecke leichter und sicherer erfüllen zu können, und das Vermögen der Genossenschaft materiell als ein den Genossen nicht fremdes. Indessen ist das Mittel eben doch ein mit eigener Persönlichkeit und eigenem Vermögen ausgestattetes

Rechtssubjekt, und ist dies trotz der Identität des Zwecks, welchen der eingetragene Konsumverein für seine Mitglieder, und welchen die Mitglieder mit dem Konsumverein verfolgen, für die Annahme eines Gewerbebetriebs ebenso wie die dadurch bedingte Art und Weise des Geschäftsbetriebes nach der rechtsgeschäftlichen und wirtschaftlichen Seite hin von ausschlaggebender Bedeutung.

IV. „Genossenschaften gelten als Kaufleute im Sinne des Handelsgesetzbuchs, soweit dieses Gesetz keine abweichenden Vorschriften enthält" (§ 17 Abs. 2). Während als Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuches nur anzusehen ist, wer gewerbemäßig Handelsgeschäfte betreibt (H. G. B. Art. 4), gelten Genossenschaften (nicht ihre Mitglieder) als Kaufleute (nicht als Handelsgesellschaften), auch wenn sie keine Handelsgeschäfte betreiben. Diese bloße Kaufmannseigenschaft einer Genossenschaft vermag nun ihre Beiziehung zur Gewerbesteuer nicht zu begründen. Dies ist klar bei einer Genossenschaft, welche Handelsgeschäfte nicht betreibt, z. B. bei einem Verein zur Herstellung von Wohnungen (§ 1 Ziff. 7). Denn um eine Genossenschaft der Gewerbesteuer zu unterwerfen, welche nur als Kaufmann *gilt*, ohne Kaufmann zu *sein*, hätte es einer ausdrücklichen Bestimmung in dem Staatssteuergesetz vom 28. April 1873 bedurft, woran es gänzlich fehlt. Anders liegt die Sache, wenn eine Genossenschaft *gewerbemäßig Handelsgeschäfte betreibt*. Sie *ist* Kaufmann — zunächst im Sinne des Handelsgesetzbuches, wobei dasselbe die Landesgesetze, welche etwa in gewerbesteuerlicher Beziehung Erfordernisse zur Begründung der Eigenschaft eines Kaufmanns oder besonderer Klassen von Kaufleuten aufstellen, unberührt läßt (H. G. B. Art. 4, 11 vgl. Art. 276. Solche Erfordernisse stellt das erwähnte Staatssteuergesetz nicht auf. In den Vollziehungsvorschriften werden die Gewerbe für die Einschätzung des jährlichen persönlichen Arbeitsverdienstes in Fabrikations- und Dienst- und Wirtschaftsgewerbe und in Handels- und Hilfsgeschäfte des Handels eingeteilt [1]). Man wird daher

1) Fin.-Min.-Erlaß vom 24. Januar 1874, Erlaß der Katasterkommission vom 1. August 1874, Sammlung der württ. Staatssteuergesetze S. 102, 111.

unbedenklich davon ausgehen können, daß, wer Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuches ist, in Württemberg der Gewerbesteuer unterliegt, wobei dahin gestellt bleiben kann, ob dies auch für Art. 4 des württ. Einführungsgesetzes zum Handelsgesetzbuch, der eine Erweiterung der Bestimmung des Art. 4 H. G. B. enthält, zutrifft.

V. Der Beschwerdeführer verfolgt den Zweck, seinen Mitgliedern unverfälschte und gute Waren für ihren persönlichen und Haushaltungs-Bedarf zum Tagespreis zu verschaffen und ihnen hiebei Gelegenheit zu geben, Ersparnisse zu erzielen. Er sucht diesen Zweck dadurch zu erreichen, daß er einzelne Geschäfte auf eigene Rechnung betreibt. Die Mitglieder bezahlen die bezogenen Waren mit Wertmarken, welche gegen Geld an sie abgegeben werden (Statut § 1, 15, 30 „Verkaufspreise").

1. Der Beschwerdeführer kauft also die Waren im Großen ein, um sie im Kleinen abzulassen. Beides geschieht im Namen der Genossenschaft ausdrücklich oder stillschweigend, nicht im Namen der Mitglieder, wenn auch zu deren Gunsten (Ges. § 26, 40). Dies ist von Belang. Wenn mehrere sich vereinigen, um für sich eine größere Menge z. B. von Kaffee, Holz, Kohlen u. s. w. zu erwerben und — in der Regel nach zum Voraus bestimmten Anteilen — unter sich zu verteilen, so erfolgt die Anschaffung der Waren nicht, um sie weiter zu veräußern; die Käufer vollziehen die Teilung der Quantitäten vertretbarer und verbrauchbarer Sachen, um die es sich handelt, unter verhältnismäßiger Umlegung der Anschaffungskosten durch Zuwägen, Zuzählen, Zumessen; diejenigen, die kaufen und die gekauften Waren teilen, sind dieselben Personen. Dagegen muß die Genossenschaft eine andere rechtsgeschäftliche Thätigkeit entfalten; die Genossenschaft kann ihre Waren an die Mitglieder nur im Wege eines rechtsförmlichen Verkaufs übertragen. Sie kann daher beim Einkauf keine andere Absicht haben, als die der Weiterveräußerung; daß die Weiterveräußerung nur an einen bestimmten Kreis von Personen erfolgen kann, und daß diese Personen in einem besonderen Rechtsverhältnis zu der Genossenschaft stehen, ist für das Vorhandensein der Absicht der Weiter-

veräußerung nicht erheblich. Es liegt daher in dem Einkauf der Waren, zunächst abgesehen von der Spekulationsabsicht, äußerlich ein absolutes, objektives Handelsgeschäft im Sinne des Art. 271 Ziff. 1 des Handelsgesetzbuchs („Kauf — von Waren —, um dieselben weiter zu veräußern"), insbesondere auch in dem Einkauf von Obst, um es als Most („es macht keinen Unterschied, ob die Waren in Natur oder nach einer Bearbeitung oder Verarbeitung weiter veräußert werden sollen") weiter zu veräußern. Auch bedarf es keiner Ausführung, daß der allgemeine Zweck, den die Genossenschaft verfolgt, ihren Mitgliedern gute Waren zu verschaffen, den Handelskauf der Ziff. 1 des Art. 271 nicht zu einem Realisationskauf machen kann[1]). Auch unterscheidet sich der Verkauf an ein Mitglied im wesentlichen nicht von dem Verkauf an einen Dritten. Insbesondere sind auch die Mitglieder nicht genötigt, von den Waren einen bestimmten Anteil zu entnehmen; es steht in ihrer Wahl, ob, welche und wie viele Waren sie von der Genossenschaft beziehen wollen; nur daß ein Mitglied, das über ein Jahr lang keine Marken von dem Verein entnommen hat, ausgeschlossen werden kann (Statut § 6). Allerdings finden in 2 Punkten Verschiedenheiten statt: Die Genossenschaft ist verpflichtet, ihre Waren, soweit der Vorrat reicht, an die Mitglieder, die es wünschen, zu verkaufen, die Mitglieder wieder sind an dem bilanzmäßigen Gewinn und Verlust der einzelnen Geschäfte beteiligt. Allein ähnliche Bestimmungen, wie sie hier auf Gesetz und Statut beruhen, sind auch im Wege der Verabredung zwischen einem Kaufmann und seinem Abnehmer denkbar, ohne den Begriff eines absoluten Handelsgeschäfts zu alterieren.

2. Die Genossenschaft will auch einen Gewinn erzielen, indem sie die im Großen eingekauften Waren zum Tagespreise abläßt, und muß ihn zu machen suchen, wenn sie ihren Mitgliedern hiebei Gelegenheit geben will, „Ersparnisse zu erzielen". In ihre Kasse und in ihr Vermögen fließen unterschiedslos alle Kaufpreise, welche die Mitglieder für die von ihnen gekauften

1) Hahn, Komm. zum Handelsgesetzbuch. 2. Aufl. II. Bem. § 11 ff. zu Art. 271.

Waren zu zahlen haben. Gleichzeitig ist aber die Genossenschaft durch das Gesetz, von einer hier nicht zutreffenden Ausnahme abgesehen, verpflichtet, den durch ihre gesamte Thätigkeit erzielten Gewinn an ihre Mitglieder zu verteilen (Ges. § 19, 20). Bei dem Beschwerdeführer geschieht die Verteilung des Gewinns nach folgenden Maßgaben (Statut § 14): zunächst erhalten die Geschäftsguthaben 4% Zinsen, dann kommen die etwaigen Tantiemen, dann der etwaige Zuschuß zu dem Reservefond; den hiernach verbleibenden Ueberschuß erhalten die Mitglieder nach Verhältnis der von ihnen im betreffenden Geschäftsjahr bezogenen Marken als Einkaufsdividende. Tantiemen sind Verwaltungskosten und kommen hier nicht in Betracht, da sie nur wegen der Rangordnung, in der die Verteilung erfolgt, in den Paragraphen eingestellt sind. Im wesentlichen wird verteilt nach den Geschäftsguthaben und nach dem Markenbezug. Der letztere Maßstab hat ersichtlich den Zweck, den Mitgliedern nach Abzug der Selbstkosten und Verwaltungskosten dasjenige wieder zufließen zu lassen, was sie im Tagespreis zu viel bezahlt haben. Die Tendenz ist dieselbe, wie in dem oben angeführten Beispiel: die Teilhaber erringen in diesem Fall auch einen Nutzen insofern, als sie von dem Großhändler unmittelbar billiger kaufen, als von dem Detaillisten, sie ersparen dadurch an ihren Ausgaben, vermehren aber ihre Einnahmen nicht. Würde die Genossenschaft mit dem von ihr gewählten Verteilungsmaßstab denselben Zweck erreichen, so könnte man auch hier von einer Ersparnis der Mitglieder, wenngleich auf einem Umwege erzielt, sprechen, da in der Zurückerstattung des Zuvielbezahlten derselbe Nutzen zu finden wäre, welchen der Einkauf im Großen gegenüber dem Einkauf im Kleinen abwirft. Allein d i e G e n o s s e n s c h a f t m u ß z u e i n e m a n d e r n w i r t s c h a f t l i c h e n E r g e b n i s f ü h r e n; die Einkaufsdividende erstattet dem einzelnen Mitglied nicht das zurück, was es seinerseits zum Gewinn beigetragen hat, sondern bald mehr bald weniger. Dies ergiebt sich mit Notwendigkeit daraus, daß der Gewinn, welchen die Genossenschaft aus den verschiedenen Warengattungen erzielt, die sie an ihre Mitglieder abläßt, nach den Gattungen ein verschiedener, und daß der Waren-

bezug der Mitglieder hinsichtlich der Warengattungen gleichfalls ein verschiedener ist. Da nun die Einkaufsdividende nur die Höhe des Markenbezugs, nicht aber die Beteiligung an den einzelnen Warengattungen berücksichtigt, so kann es nicht ausbleiben, daß ein Teil der Mitglieder auf Kosten der anderen mehr erhält, als er zum Gewinn der Genossenschaft beigetragen hat, also nicht bloß Ausgaben erspart, sondern einen Gewinn macht [1]). Führt aber so die Einkaufsdividende zu einem Gewinn eines Teils der Mitglieder, während der andere Teil das Zuvielbezahlte nicht voll, auch abgesehen von den Selbstkosten u. s. w., zurückempfängt, so ist auch das spekulative Moment eines Handelskaufs nach Art. 271 Ziff. 1 H.G.B., die regelmäßig, aber auch nur regelmäßig sich vorfindende Absicht, einen Gewinn zu erzielen [2]), jedenfalls insoweit erfüllt, als die beim Einkauf vorhandene Absicht der Weiterveräußerung ihrer auf Gewinnerzielung gerichteten Eigenschaft durch die Verpflichtung, den von der Genossenschaft errungenen Gewinn an die einzelnen Mitglieder zu verteilen, eben wegen der Nichtübereinstimmung des Beitrags der einzelnen Mitglieder zum Gewinn der Genossenschaft mit der Anteilnahme an dem Gewinn, nicht entkleidet wird. Es kann daher unerörtert bleiben, ob nicht auch die Geschäftsthätigkeit der Konsumvereine, insofern sie die Verzinsung der Geschäftsguthaben ermöglicht und gewährt, einen Gewinncharakter an sich trägt, und was es in dieser Beziehung mit dem Reservefond für eine Bewandtnis hat. Ebenso kann man dahingestellt lassen, ob es überhaupt rechnerisch möglich ist, den Mitgliedern genau nur dasjenige wieder zuzuführen, was sie zum Gewinn beigetragen haben, und ob die jedenfalls komplizierte und umständliche Berechnung mit dem Geschäftsbetrieb der Genossenschaft, welche kaufmännische Bücher zu führen und kaufmännische Inventur und Bilanz aufzumachen hat, sich verträgt.

3. Nicht dem geringsten Zweifel endlich unterliegt es, daß der Beschwerdeführer diese Handelsgeschäfte gewerbemäßig betreibt. Er könnte ja sonst seinen Zweck nicht erfüllen. Was ihn

1) Schanz, Finanzarchiv. Jahrg. III, Bd. II, S. 296 ff. 305 ff.
2) Hahn, a. a. O. § 15.

von andern Gewerbetreibenden unterscheidet, ist ja nur das Verhältnis zu seinen Mitgliedern. Die äußeren Kennzeichen eines Gewerbebetriebs sind überall vorhanden: ein selbständiger Unternehmer mit Firma, mit eigenem Betriebskapital, bestehend in Geld- und Warenvorräten, in gewerblichen Einrichtungen, insbesondere Lager, Verkaufslokalen (Läden) G. O. § 42, Abs. 2, mit eigenem Geschäftspersonal (Vorstand, Bevollmächtigten), welche die Geschäfte mit Dritten und mit den Mitgliedern abschließen. Die Formen, in denen sich die gesamte geschäftliche Thätigkeit bewegt, unterscheiden sich nicht von dem Geschäftsbetrieb eines Gewerbetreibenden, speziell eines Kaufmanns. So sind die wesentlichsten Merkmale für die Einschätzung eines Gewerbes (Hilfspersonal und Betriebskapital) nach dem Staatssteuergesetz vom 28. April 1873, Art. 87—91 gegeben. Die Ausnahme, welche das Gesetz für inländische, auf Gegenseitigkeit gegründete Versicherungsgesellschaften indirekt macht (Art. 92), läßt als solche eine Ausdehnung überhaupt nicht und jedenfalls auf Genossenschaften, deren Unternehmen die Versicherung nicht zum Gegenstand hat, nicht zu. Da nun auch der Nachweis erbracht ist, daß mit dem Gewerbebetrieb des Beschwerdeführers die Erzielung eines Gewinnes beabsichtigt und diese Absicht durch das Verhältnis zu den Mitgliedern nicht ausgeschlossen wird, so ist der Beschwerdeführer der Staatsgewerbesteuer zu unterwerfen.

VI. Der auf das Urteil des Verwaltungsgerichtshofs vom 9. Februar 1884 Ziff. 2 gestützte Einwand des Beschwerdeführers, daß er, solange er den Geschäftsbetrieb auf Mitglieder beschränke, nicht verpflichtet sei, die Staatsgewerbesteuer zu entrichten, ist unbegründet. Zwar kann der Ansicht des Kgl. Finanzministeriums, daß diejenige Genossenschaft, zu deren Gunsten das Urteil ergangen sei, nicht mehr dieselbe sei, welche sich seit dem 1. Oktober 1889 in eine Genossenschaft mit beschränkter Haftpflicht umgewandelt habe, nicht beigetreten werden. Die §§ 154 — 170 des Gesetzes vom 1. Mai 1889 sind dazu bestimmt, die in Gemäßheit des Gesetzes vom 4. Juli 1868 eingetragenen Genossenschaften, die ja lauter Genossenschaften mit unbeschränkter Haftpflicht im jetzigen Sinne waren, in das neue Recht überzuführen.

Will sich eine solche Genossenschaft gleichzeitig in eine Genossenschaft mit beschränkter Haftpflicht verwandeln, so bedingt dies eine Aenderung des Statuts, wozu ein Beschluß der Generalversammlung erforderlich ist (Ges. § 16). Dabei handelt es sich aber nicht um Auflösung der bisherigen und Gründung einer neuen Gesellschaft (§ 76, 1 ff.), sondern nur um eine Umwandlung der bestehenden Genossenschaft, und wenn dies nur unter Beobachtung der Bestimmungen geschehen kann, welche für die Verteilung des Genossenschaftsvermögens im Falle der Auflösung maßgebend sind (§ 137 Abs. 2), so heißt dies nur soviel, daß die Bestimmungen, welche im Fall der Auflösung zur Sicherung der Gläubiger notwendig sind, gleichermaßen und zu demselben Zweck auch in Fällen der Nichtauflösung, wie bei Einführung der beschränkten Haftpflicht oder bei Herabsetzung der Haftsumme (§ 127) beobachtet werden müssen. Indessen, auch wenn man davon ausgeht, daß die Grundsätze der materiellen Rechtskraft im Rechtsbeschwerdeverfahren, worin über Steuerforderungen der Staatskasse entschieden wird, wie im Parteistreitverfahren Anwendung finden, so handelte es sich doch bei jenem Urteil nicht um die dauernde Feststellung eines Rechtsverhältnisses zwischen der Finanzverwaltung und den zur Steuer Heranzuziehenden, sondern nur um die Gewährung des Rechtsschutzes gegen eine konkrete Verfügung des Finanzministeriums, wodurch der Beschwerdeführer für das Jahr 1883 für die Gewerbesteuer in Anspruch genommen wurde. Diese Verfügung hat der Verwaltungsgerichtshof außer Wirkung gesetzt, indem er die Steuerpflichtigkeit eines auf die Mitglieder den Geschäftsbetrieb beschränkenden Konsumvereins überhaupt verneinte. Was allein in Rechtskraft übergehen konnte, war die Entscheidung über jenen konkreten Anspruch, nicht aber der Grund, auf den sie sich stützte. Wenn dessen ungeachtet der Verwaltungsgerichtshof diesen Grund in den Urteilstenor Ziff. 2 aufgenommen hat, so erklärt sich dies dadurch, daß das Gesuch der Rechtsbeschwerde auf Befreiung von der Gewerbesteuer schlechthin gerichtet war, während der Verwaltungsgerichtshof dem Gesuch nur insolange, als der Verein seinen Geschäftsbetrieb auf die Mitglieder beschränkt, stattgeben

wollte, wozu die Bestimmung im § 2 des früheren Statuts allen Anlaß gab. Hiernach war nicht die Absicht, die Finanzverwaltung dauernd durch diese Entscheidung zu binden, und konnte dies auch nicht die Absicht sein, weil die Erhebung der Gewerbesteuer von Etatsperiode zu Etatsperiode immer wieder durch die vorgängige ständische Verwilligung im Finanzgesetz bedingt ist (Ges. vom 28. April 1873, Art. 10, 111). Zudem ist Folgendes in Betracht zu ziehen: Das frühere Urteil in der Steuerfrage beruhte auf der Rechtsanschauung, die damals in Litteratur und Praxis sowie in der Gesetzgebung in einzelnen Staaten die herrschende war. Die Steuerfrage war damals auf einem gewissen Stadium der Entwicklung angelangt, aber es ist einleuchtend, daß die Entwicklung ihren endgiltigen Abschluß noch nicht gefunden hatte, der überhaupt wohl erst von einer landesgesetzlichen Regelung zur erwarten ist. Immerhin schaffte das neue Genossenschaftsgesetz, welches das alte vollständig ersetzt hat (§ 153), wenigstens in einem Punkt volle Klarheit. Während man nach dem Gesetz vom 4. Juli 1868 nicht ohne Grund annehmen konnte, daß die Subjekte des Genossenschaftsvermögens sowie die Schuldner der Verbindlichkeiten der Genossenschaft die Genossen seien, wie bei der offenen Handelsgesellschaft die Gesellschafter[1]), so ist diese Annahme nach dem neuen Gesetz nicht mehr möglich, da die selbständige Persönlichkeit einer Genossenschaft außer Zweifel gesetzt ist, so daß selbst die an die offene Handelsgesellschaft (H. G. B. Art. 119—121) sich anlehnenden Bestimmungen der §§ 13—15 des früheren Gesetzes als selbstverständlich weggelassen worden sind. Zwar ist jetzt den Konsumvereinen der regelmäßige Geschäftsverkehr mit Nichtmitgliedern verboten, und es darf beiläufig erwähnt werden, daß die Bestimmung in § 15 Abs. 2 des Statuts des Beschwerdeführers mit diesem Verbot unvereinbar ist. Andererseits enthält das neue Genossenschaftsgesetz aber auch strengere Bestimmungen über die Bildung eines eigenen Vermögens der Genossenschaft, wodurch die Haftung der Genossen noch mehr, als bisher, in den Hintergrund gerückt wird,

1) v. Sicherer, Genossenschaftsgesetzgebung. 1872, S. 101 ff.; Mandry, civilrechtl. Inh., 2. Aufl. S. 168 ff., Württ. Arch. Bd. 23 S. 185 ff.

und läßt die beschränkte Haftpflicht zu, was vorzugsweise den Konsumvereinen zu gut gekommen ist. Die Finanzverwaltung hatte daher allen Grund, die Steuerfrage einer erneuerten Prüfung zu unterziehen. Die hiedurch veranlaßte gegenwärtige Entscheidung aber, die sich absichtlich jeder sozial- und steuerpolitischen Erwägung enthält, hat ihre Grundlage eben in der selbständigen Persönlichkeit der Genossenschaft, die es mit sich bringt, daß sie zwar zu Gunsten der Genossen und mittelst gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebs, ausgeübt durch Vorstand, Aufsichtsrat und Generalversammlung, aber in eigenem Namen Handelsgeschäfte der im Art. 271 Ziff. 1 H. G. B. bezeichneten Art, ohne daß die bei dem Einkauf vorhandene Gewinnabsicht durch die gegenüberstehende Verpflichtung der Verteilung des Gewinns an die Genossen konsumiert wird, gewerbemäßig betreibt. Dieser auf das neue Gesetz gebauten Entscheidung gegenüber wird der Einwand der rechtskräftig enschiedenen Sache selbstverständlich hinfällig.

Urteil vom 24. April 1895 in der Rechtsbeschwerdesache des Konsumvereins Ulm, e. G. m. b. H.

11.

Ansatz der Accise aus dem Verkaufe des Anteils an einem Handelsgeschäft nach dem Gesetze von 18. Juli 1824

(vgl. Art. 34 Abs. 5 des Einführungsgesetzes zum Handelsgesetzbuch vom 13. August 1865 [1]).

Von den Teilhabern der im Jahr 1863 begründeten und im Jahre 1866 in das Handelsregister eingetragenen offenen Handelsgesellschaft „Gebrüder Eberhardt in Ulm", nämlich dem Fabrikanten Albert Eberhardt Wilhelms Sohn einerseits und den Kindern des verstorbenen Fabrikanten Albert Eberhardt sen. andererseits wurde auf das am 17. September 1888 erfolgte Ableben der Mutter der letzteren unterm 1./15. März 1889 zum Zweck der Auflösung der bisher noch thatsächlich bestandenen Gesellschaft ein Vertrag dahin abgeschlossen, daß der Geschäfts-

1) S. Zeitschrift für die freiw. Gerichtsbarkeit. Jahrg. 1882, S. 332 f.

anteil der Verlassenschaftsmasse des Albert Eberhardt sen. mit allen Aktiven und Passiven in das Eigentum des Geschäftsteilhabers Albert Eberhardt jun. gegen die Bezahlung einer einmaligen Kaufsumme von 60 000 M. sowie einer auf die Dauer von 10 Jahren zu leistenden Rente von je —;· 4000 M. übertragen werde. Da zufolge dieses Vertrags mit dem sonstigen Gesellschaftsvermögen auch die von den beiden Gründern der Gesellschaft Wilhelm und Albert Eberhardt im Jahr 1863 käuflich erworbene und im Güterbuch der Stadt Ulm als in ungeteilter Gemeinschaft der beiden Gründer befindlich eingetragene, aber nach dem sonstigen Stande der öffentlichen Bücher und der Auffassung der Beteiligten, insbesondere auch nach der letzten Bilanz zum Gesellschaftsvermögen gehörige Liegenschaft in das Alleineigentum des Albert Eberhardt gelangte, wurde des von demselben erhobenen Widerspruchs ungeachtet, nachdem das K. Amtsgericht Ulm durch Entscheidung vom 6. Mai 1890 ausgesprochen hatte, daß der Vertrag gemäß Art. 34 Abs. 5 des Einführungsgesetzes zum Handelsgesetzbuch vom 13. August 1865 zum gerichtlichen Erkenntnis zu bringen sei, derselbe unter Beifügung der unter der Liegenschaft begriffenen einzelnen Grundstücke in dem Kaufbuch der Stadt Ulm eingetragen und hierauf über die Uebereinkunft, wodurch der Anteil der Verlassenschaftsmasse des Albert Eberhardt sen. an dem Vermögen der offenen Handelsgesellschaft mit allen Aktiven und Passiven in das Eigentum des Albert Eberhardt übertragen worden, unterm 23. Februar 1891 gerichtlich erkannt, wobei der Gemeinderat bei dem Bedenken, daß der Vertrag den in dem Gesetz vom 23. Juni 1853 für die Liegenschaftsveräußerungen aufgestellten formellen Erfordernissen nicht genüge, sich mit Rücksicht auf die amtsgerichtliche Entscheidung beruhigte. Durch Verfügung vom 7. Dezember 1892 hat in der Folge auf Veranlassung des K. Steuerkollegiums, Abteilung für direkte Steuern, das K. Kameralamt Ulm die Accise aus dem Rechtsgeschäft angesetzt und dieselbe im Betrage von 2579 M. 65 Pf. dem Fabrikanten Albert Eberhardt angefordert. Gegen diesen Acciseansatz hat sofort ꝛc. Eberhardt zunächst bei dem K. Steuerkollegium Beschwerde erhoben, und nachdem diese

Behörde durch Erlaß vom 15. November 1893 die Auflage bestätigt hatte, sich weiter beschwerend an das K. Finanzministerium gewendet. Auch das K. Finanzministerium hat sodann durch Verfügung vom 24. März 1894 die Beschwerde in der Hauptsache als unbegründet erkannt, jedoch die von dem Beschwerdeführer als demjenigen, auf welchen die verkaufende Handelsfirma übergegangen, zu erhebende Accise auf den Betrag von 2553 M. 91 Pf. ermäßigt, worauf Albert Eberhardt die Rechtsbeschwerde bei dem Verwaltungsgerichtshof einlegte.

In der Begründung des Urteils des Verwaltungsgerichtshofs vom 7. November 1894, wodurch die Verfügung des K. Finanzministeriums außer Wirksamkeit gesetzt wurde, ist ausgeführt:

1) In der Beschwerdeausführung wird, wie schon gegenüber den Finanzbehörden in erster Linie die Accisepflichtigkeit der Uebereinkunft vom 1./15. März 1889 bestritten, indem ausgeführt wird, die Auflösung der Gesellschaft und die Uebertragung des ganzen Geschäftsvermögens in das Alleineigentum des Beschwerdeführers als bisherigen Mitteilhabers sei eben nur die Folge des Austritts des einen der beiden Gesellschafter aus der Gesellschaft. Der Vermögenskomplex der Gesellschaft habe durch den Vertrag keinerlei Aenderung erfahren und der Erwerb desselben auf Seiten des das Geschäft fortsetzenden Beschwerdeführers vollziehe sich einzig in Folge des Ausscheidens. Man könne nicht sagen, daß der Beschwerdeführer durch ein Rechtsgeschäft mit der Gesellschaft Liegenschaft erworben habe. Daß das Gesetz in einem solchen Fall den Acciseansatz gewollt habe, sei zu bestreiten, und es sei die Bestimmung des Schlußsatzes des Abs. 5 des Art. 34 des Einführungsgesetzes zum Handelsgesetzbuch nicht auf den Fall zu beschränken, daß die offene Handelsgesellschaft als solche fortdauere; die Uebernahme des Gesellschaftsvermögens durch einen von zwei Gesellschaftern, während der andere ausscheidet und seinen Geschäftsanteil in einer Geldsumme empfängt, sei eben nichts anderes als die Auflösung und Auseinandersetzung der Gesellschafter, eine Teilung des Gesellschaftsvermögens. Diese Einwendung gegen die Accisepflichtigkeit des Vertrags ist jedoch unbegründet. Der Verwaltungsgerichtshof geht zwar nicht davon

aus, daß im vorliegenden Falle der erste Satz des Abs. 5 des Art. 34 des Einführungsgesetzes zum Handelsgesetzbuch zutreffe. Denn der vorliegende Vertrag ist zwischen den Kindern des Albert Eberhardt sen. einerseits und Albert Eberhardt jun. andererseits abgeschlossen worden. Die Auflösung der Handelsgesellschaft hat nicht in der Weise stattgefunden, daß die Handelsgesellschaft das gesamte Geschäftsvermögen an den Gesellschafter Albert Eberhardt jun. übertragen hätte, wie es etwa der Fall wäre, wenn das Handelsgeschäft im Wege der Versteigerung an den meistbietenden Teilhaber abgegeben worden wäre, sondern die Kinder des Albert Eberhardt sen. haben ihren Geschäftsanteil mit allen Aktiven und Passiven an Albert Eberhardt jun. übertragen und es ist auch von dem Gemeinderat in Ulm über ein solches von den Kindern des Albert Eberhardt sen. mit Albert Eberhardt jun. abgeschlossenes Rechtsgeschäft erkannt worden. Der Verwaltungsgerichtshof nimmt hienach nicht an, daß Albert Eberhardt jun. liegenschaftliches Vermögen, wie der erste Satz des Abs. 5 des Art. 34 voraussetzt, von der Gesellschaft übernommen habe. Daß die Accise nicht aus dem gesamten Gesellschaftsvermögen angesetzt werden kann, ist nicht erst aus der angeführten Gesetzesbestimmung abzuleiten, sondern ergiebt sich unmittelbar daraus, daß eben nur der Geschäftsanteil der Kinder des Albert Eberhardt sen. Gegenstand des abgeschlossenen Vertrages geworden ist. Andererseits trifft aber auch der zweite Satz des Abs. 5 der Art. 34 im vorliegenden Falle nicht zu, da mit der Uebertragung des Geschäftsanteils der Albert Eberhardt'schen Kinder an den andern Teilhaber die Handelsgesellschaft notwendig aufhörte und die Rechtsänderung eintrat, daß die Liegenschaft und die anderen Bestandteile des Gesellschaftsvermögens in das Alleineigentum des Albert Eberhardt jun. übergingen. Die Accisepflichtigkeit der Uebereinkunft vom 1./15. März 1889 ergiebt sich unmittelbar aus § 1 Abs. 2 und § 2 Ziff. 8 des Accisegesetzes vom 18. Juli 1824, da die Beteiligten, worüber bei dem wiederholten Gebrauch des Worts „Kauf" in der Uebereinkunft kein Zweifel ist, der Auseinandersetzung des Gesellschaftsvermögens die Ge-

statt eines Verkaufs des Geschäftsanteils der Albert Eberhardt'schen Kinder an den andern Teilhaber gegeben haben, wie denn auch bei der Erteilung des gemeinderätlichen Erkenntnisses der Vertrag als ein Kaufvertrag angesehen worden ist. Für elterliche Vermögensübergaben, welche in der Form von Kaufverträgen vorgenommen werden, ist die Anwendung des Accisegesetzes in Art. 23 des Notariatssportelgesetzes vom 4. Juli 1842 und nun in Art. 26 des Notariatssportelgesetzes vom 8. Juni 1883 ausdrücklich vorgesehen.

2. Von dem Beschwerdeführer ist zur Begründung der Beschwerde weiter geltend gemacht, daß, wenn auch die Liegenschaft betreffs der Quote des ausscheidenden Gesellschafters als accisepflichtig zu behandeln sein sollte, es darum noch lange nicht gerechtfertigt sei, das ganze Gesellschaftsvermögen — Maschinen, Gerätschaften, Vorräte an Materialien und Fabrikaten und selbst die Schulden — als Zubehörden solcher Liegenschaft (mit alleiniger Ausnahme der Pferde) der Accise zu unterwerfen, denn diese Sachen seien nicht die Zubehörden der Liegenschaft, sondern die Hauptbestandteile und Werte des Fabriketablissements. Der Beschwerde ist aber auch in dieser Richtung keine Folge zu geben. Die Verwaltungsrechtsprechung hat den § 11 Abs. 4 des Accisegesetzes konstant dahin ausgelegt, daß ein Gesamtverkauf von Liegenschaften und Fahrnisgegenständen dann als vorhanden anzunehmen sei, wenn die Fahrnisgegenstände gerade der Liegenschaft wegen, d. h. weil sie für diese und deren Bestimmung ihre besondere Bedeutung haben, und daher nach dem Zweck des Vertrags eine wesentliche ergänzende Zubehör der Liegenschaft bilden sollen, mit verkauft werden. Die Verwaltungsrechtsprechung hat auch keinen Anstand genommen, in gleicher Weise bei der Uebertragung des Vermögens einer Handelsgesellschaft die Liegenschaft samt den Maschinen, Vorräten u. s. w. der Accisepflichtigkeit zu unterwerfen[1]). Im vorliegenden Fall steht außer Zweifel, daß der Beschwerdeführer in Folge des einheitlichen Rechtsakts vom 1./15. März 1889, wie die Fabrikgebäude, deren Buchwert in der Bilanz vom 1. Juli 1888 zu 181305 M., einschließlich

1) S. Württemb. Archiv. Bd. 15 Seite 343.

der Maschinen zu 216561,06 M. angenommen ist, so auch die Gerätschaften, Vorräte 2c. lediglich für den Zweck des ungestörten Fortbetriebs des Fabrikgeschäfts und um diesen zu ermöglichen, zu Alleineigentum übernommen hat. Ohne zu verkennen, daß zwischen dem Verkauf eines Grundstücks mit seinen Pertinenzen und dem Verkauf eines Liegenschaft in sich begreifenden Geschäftsvermögens mit Aktiven und Passiven, bzw. dem Verkauf eines Geschäftsanteils an einer Liegenschaft besitzenden offenen Handelsgesellschaft Unterschiede bestehen (was denn auch im vorliegenden Fall bei der Behandlung des gemeinderätlichen Erkenntnisses ersichtlich geworden ist), tritt der Verwaltungsgerichtshof der seit langer Zeit festgehaltenen Auslegung des § 11 Abs. 4 des Accisegesetzes hinsichtlich des Gesamtverkaufs auch im vorliegenden Falle bei und erkennt somit an, daß die Accisepflicht mit Recht auf den Gesamtkaufschilling für Liegenschaft, Gewerbegerätschaften und Vorräte zu dem Geschäftsanteile der Albert Eberhardt'schen Kinder erstreckt worden ist. Die Behauptung des Beschwerdeführers, die Accisepflicht sei noch weiter ausgedehnt und jede Art von Gesellschaftsvermögen mit Ausnahme der Pferde, ja selbst die Schulden, seien der Accise unterworfen worden, ist eine unrichtige und irrtümliche. Wie aus der dem Beschwerdeführer bekannt gegebenen Berechnung der Accise durch das K. Finanzministerium zu ersehen ist, ist dem von Albert Eberhardt jun. in Geld zu entrichtenden Kaufpreise allerdings der Anteil, welchen er an den Gesellschaftsschulden für die Kinder des Albert Eberhardt sen. zu übernehmen hatte, hinzugerechnet worden; dagegen wurden die vorhandenen Zahlungsmittel, nämlich der Kassenvorrat und die Debitoren-, Wechsel- und Effektenkonti im Betrag von 69398 M. 02 Pf. zum Anteil der Albert Eberhardt'schen Kinder wieder in Abrechnung gebracht und eine Einrechnung der Schulden unter die Zubehörden der Liegenschaft hat keineswegs stattgefunden ....

Was die Forderung des Beschwerdeführers betrifft, daß für die Berechnung der Abgabe das Inventar und die Bilanz zu Grund gelegt werden müsse, so hat die von dem K. Finanzministerium in der angefochtenen Entscheidung vom 24. März 1894

vorgenommene Acciseberechnung die dem Vertrag vom 1./15. März 1889 zu Grund gelegte Bilanz vom 1. Juli 1888 zur Grundlage, nachdem von dem Beschwerdeführer selbst dem K. Kameralamt Ulm gegenüber unterm 5. Dezember 1892 auf den Vertrag als Grundlage für die Berechnung des Acciseansatzes, falls die Accisepflicht begründet sein sollte, hingewiesen worden ist. Die Behauptung endlich, daß der zur Abgabe heranzuziehende Betrag keinenfalls die Höhe der Abfindungssumme übersteigen dürfe, hat schon im bisherigen ihre Erledigung gefunden. Die Kaufsumme, welche der Berechnung der Accise zu Grund zu legen ist, und von dem K. Finanzministerium auch zu Grunde gelegt wurde, setzt sich zusammen nicht bloß aus dem Kaufschilling von 60000 M. und der Rente von jährlichen 4000 M. auf die Dauer von 10 Jahren, sondern es ist diesen Beträgen zuzurechnen der Betrag der von dem Beschwerdeführer zum Anteil der Albert Eberhardt'schen Kinder übernommenen Schulden der Gesellschaft abzüglich der betreffenden Quote an den Kassenbeständen und Aktivausständen, denn um die Gesamtheit dieser Leistungen ist der Beschwerdeführer in den erkauften Besitz des Anteils der Albert Eberhardt'schen Kinder an dem Gesellschaftsvermögen gelangt.

3. Die von dem Beschwerdeführer gegen diese Accisepflichtigkeit des Vertrags und die Acciseberechnung geltend gemachten Einwendungen sind hienach nicht geeignet, die Beschwerde gegen die Ministerialentscheidung zu rechtfertigen. Dagegen kann, wie sich schon aus dem bisherigen ergiebt, dem K. Finanzministerium darin nicht beigetreten werden, daß dasselbe in seiner Entscheidung ausgesprochen hat, es sei gegen die Verfügung der Vorinstanzen, daß die Accise dem Albert Eberhardt als demjenigen anzufordern sei, auf welchen die verkaufende Handelsfirma übergegangen ist, nichts zu erinnern, und daß es damit die Bezahlung der Accise dem Beschwerdeführer auferlegt hat. Nach § 12 des Accisegesetzes hat der V e r k ä u f e r die Accise zu entrichten. Wie aber schon oben ausgeführt worden ist, haben die Albert Eberhardt'schen Kinder ihren Geschäftsanteil an den Beschwerdeführer verkauft, und es gehört die Acciseschuld, da der Beschwerdeführer erst

durch den accisepflichtigen Vertrag alleiniger Inhaber der Handelsfirma geworden ist, nicht zu den Passiven des Geschäfts, welche bei dessen Uebernahme nach dem Vertrage zur Bezahlung auf ihn übergegangen sind, und ebensowenig liegt in den Akten eine besondere Vereinbarung vor, durch welche ihm die Entrichtung der Accise aus dem Verkauf von den Mitkontrahenten anbedungen worden wäre. Der Beschwerdeführer ist daher durch die angefochtene Entscheidung des K. Finanzministeriums vom 24. März 1894, insoferne ihm die Verbindlichkeit zur Entrichtung der Accise auferlegt wird, als verletzt zu erachten, und war deshalb, wie geschehen, zu erkennen.

Urteil vom 7. November 1894 in der Rechtsbeschwerdesache des Fabrikanten Albert Eberhardt von Ulm.

12.

Rechtsbeschwerde eines Gemeindebeamten gegen eine ihm von einer hiezu nicht zuständigen Behörde zuerkannte Disziplinarstrafe.

Der Stadtschultheiß S. von W. wurde von dem K. Kameralamt W. mit einer Disziplinarstrafe belegt, auf welcher, als S. Beschwerde erhob, das K. Steuerkollegium, Abteilung für direkte Steuern, am 13. Oktober 1894 unter Ermäßigung der verhängten Geldstrafe beharrte, worauf S. sich an das K. Finanzministerium wandte (das sich nicht veranlaßt sah, im Oberaufsichtswege die Verfügung des Steuerkollegiums aufzuheben) und gleichzeitig die Rechtsbeschwerde des Art. 13 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 an den Verwaltungsgerichtshof erhob. Durch Urteil vom 19. Dezbr. 1894 hat der Verwaltungsgerichtshof die Disziplinarstrafverfügung aus nachstehenden Gründen außer Wirkung gesetzt.

Die Annahme des K. Steuerkollegiums, daß die Ortsvorsteher in ihrer Eigenschaft als Mitglieder der Ortssteuerkommissionen Beamte im Sinne des Art. 118 des Beamtengesetzes seien, und daß sie mit Rücksicht hierauf der Disziplinarstrafgewalt der Finanzbehörden in Gemäßheit der Bestimmungen der K. Verordnung vom 13. Februar 1877 (Reg.-Bl. S. 14)

unterliegen, kann als eine zutreffende nicht erkannt werden. Nach dem genannten Art. 118 des Beamtengesetzes finden die Vorschriften des ersten Abschnitts des Beamtengesetzes, sowie die Vorschriften des fünften Abschnitts über Ordnungsstrafen nur auf solche Personen sinngemäße Anwendung, welche, ohne eine Anstellung im Sinne des Art. 1 erlangt zu haben, im Staats- oder öffentlichen Schuldienst beschäftigt, oder als verpflichtete persönliche Gehilfen eines Beamten für Zwecke des Staatsdienstes verwendet werden. Wenn der Bericht der verstärkten staatsrechtlichen Kommission der Kammer der Abgeordneten über den Entwurf eines Gesetzes, betr. die Rechtsverhältnisse der Staatsbeamten ꝛc. (S. 98) zu den Funktionären im Sinne dieser Bestimmung auch solche öffentliche Diener rechnet, welche eine staatliche Funktion als Nebenamt versehen, namentlich Geistliche, Volksschullehrer, nach Umständen auch Gemeinde- und Korporationsbeamte, wenn ihnen solche Funktionen übertragen sind[1]), so treffen jedenfalls in Beziehung auf die hier in Frage stehenden Geschäftsaufgaben der Ortsvorsteher die Voraussetzungen des Art. 118 des Beamtengesetzes nicht zu. Zwar besteht darüber kein Zweifel, daß die in Gemäßheit der §§ 9. 12 der Verfügung des Steuerkollegiums vom 10. Juni 1853 (Reg.-Bl. S. 171) berufenen Ortssteuerkommissionen staatliche Aufgaben wahrzunehmen haben, es kann auch ohne Weiteres unterstellt werden, daß die Ortssteuerkommissionen der Dienstaufsicht der betreffenden Bezirkssteuerämter unterstehen, obschon der § 12 der genannten Verfügung nach der Textredaktion auf den Stand vom 1. Januar 1891 eines vorgesetzten Kameralamts nicht mehr Erwähnung thut; hieraus folgt aber noch keineswegs, daß die in die Ortssteuerkommission berufenen Gemeindebeamten in dieser Eigenschaft Beamte im Sinne des Art. 118 des Beamtengesetzes wären. Nach § 12 der mehrgedachten Verfügung vom 10. Juni 1853 besteht die Ortssteuerkommission in der Regel aus dem Ortsvorsteher (Schultheißen, Stadtschultheißen), dem Ortssteuerbeamten (Acciser) und einem Gemeinderat. Ist der Ortsvorsteher, wovon im vorliegenden Falle nicht

1) Zu vgl. Streich, das Beamtengesetz. S. 139.

e Rede ist, zugleich Acciser, so werden zwei Gemeinderats- nitglieder beigezogen. Der Ortsvorsteher hat hiebei die Leitung, führt das Protokoll und besorgt die erforderlichen Ausfertigungen. Bei Verhinderung des Ortsvorstehers, oder wenn derselbe die erforderliche Befähigung zur richtigen Besorgung des Geschäfts nicht besitzen sollte, hat das Kameralamt einem andern hiezu tüchtigen Gemeinderatsmitglied, oder einem sonstigen geeigneten Geschäftsmann den Auftrag zur Vornahme des Geschäfts zu erteilen. Gemäß diesen Bestimmungen ist der Ortsvorsteher, sofern er nicht aus besonderen Gründen an der Uebernahme der Funktion verhindert, oder zu deren Wahrnehmung unfähig ist, als Ortsvorsteher verpflichtet, sich den Geschäften eines Mitglieds der Ortssteuerkommission zu unterziehen, es handelt sich hiebei nicht um ein gewöhnliches Nebenamt, welches beliebig übernommen oder abgelehnt werden könnte, vielmehr gehört nach den getroffenen Anordnungen die Teilnahme des Ortsvorstehers an den Arbeiten der Ortssteuerkommission zu den Aufgaben, welche ihm in seiner Eigenschaft als Ortsvorsteher obliegen. Seine Stellung im öffentlichen Dienst ist in solchem Fall nirgends anders geartet, als in den zahlreichen sonstigen Fällen, in welchen der Staat für die Durchführung seiner Aufgaben die Organe der Gemeinden und deren Vorsteher heranzieht, in den zahlreichen Fällen insbesondere, in welchen die Ortsvorsteher im Auftrage der Landesjustizverwaltung und für die Zwecke derselben sich mit staatlichen Aufgaben zu befassen berufen sind[1]). Abgesehen von dem besonderen, für die rechtliche Beurteilung im übrigen nicht maßgebenden Falle des § 2 der K. Verordnung vom 27. September 1879, betr. die Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft im Sinne des § 153 des Reichsgerichtsverfassungsgesetzes[2]) (Reg.-Bl. S. 404) aber sind die Gemeindediener in ihrer Eigenschaft als Funktionäre der Justizverwaltung, eben weil ihnen die betreffenden dienstlichen Verpflichtungen gemäß

1) Zu vgl. Gaupp, Staatsrecht des Königreichs Württemberg. 2. Aufl. S. 137 f. 235.

2) Zu vgl. Fleischhauer, die Württ. Gesetzgebung über die Verwaltung ꝛc. S. 221, Note 1, Abs. 5.

den bestehenden Gesetzen und den zu ihrer Ausführung ergangenen Anordnungen nicht in Wahrnehmung eines besonderen staatlichen Nebenamts, sondern als mit ihrem Hauptamt verbundene Verpflichtungen obliegen, niemals als Beamte im Sinne des Art. 118 des Beamtengesetzes angesehen worden, und dieser Auffassung entsprechend ist auf dieselben auch nach dem Inkrafttreten des Beamtengesetzes niemals das Disziplinarstrafrecht dieses Gesetzes zur Anwendung gekommen, sie unterstanden vielmehr nach wie vor den Bestimmungen in den §§ 194. 196 des 4. Edikts vom 31. Dez. 1818 und unterstehen jetzt den Vorschriften in Art. 59 Ziff. 1 des Gesetzes vom 21. Mai 1891 betreffend die Verwaltung der Gemeinden [1]). Es kann daher folgerichtig auch den Ortsvorstehern in ihrer Eigenschaft als Mitgliedern der Ortssteuerkommissionen der Charakter als Funktionäre im Sinne des Art. 118 des Beamtengesetzes nicht beigelegt werden und hieran wird selbstverständlich durch den Umstand nichts geändert, daß dieselben gemäß § 28 Abs. 2 der Verfügung vom 10. Juni 1853 für die ihnen bei der Aufnahme des steuerbaren Einkommens obliegenden Geschäfte Belohnungen entsprechend den in der K. Verordnung vom 14. Juni 1875, betreffend die Taggelder, Diäten und Reisekosten der Amtskörperschafts- und Gemeindebiener (Reg.-Bl. S. 312) enthaltenen Bestimmungen zu beanspruchen haben.

Mit dem Ausgeführten ist die Unzuständigkeit der Finanzbehörden, auf den Grund des Art. 77 des Beamtengesetzes und auf den Grund der Bestimmungen in der K. Verordnung vom 13. Februar 1877 Ordnungsstrafen gegen Ortsvorsteher in Beziehung auf ihre Thätigkeit als Mitglieder der Ortssteuerkommissionen zu verhängen, von selbst gegeben. Denn die Anwendung der diesbezüglichen Vorschriften setzt Beamte voraus, welche dem Beamtengesetz unterworfen sind, und in Beziehung auf solche Personen sind die Bestimmungen der früheren, hinsichtlich der

1) Zu vgl. § 1 Abs 3 der Verfügung des K. Justizministeriums vom 30. September 1879, betreffend die Dienstvorschriften für die Amtsgerichte. (Neue Justizgesetzgebung. Bd. VI 2 S. 891 ff.)

Württ. Gerichtsblatt. Band 18. Seite 79 ff. Band 20. Seite 88 ff.

Zuständigkeit zur Verhängung von Ordnungsstrafen in Geltung gewesenen Vorschriften mit dem 1. März 1877 außer Wirksamkeit getreten[1]).

Dieses Ergebnis erhält durch den Hinblick auf die Bestimmungen in Art. 58. 59 des Gesetzes vom 21. Mai 1891 betreffend die Verwaltung der Gemeinden ꝛc. (Reg.-Bl. S. 103) seine volle Bestätigung. Hienach und gemäß den bei den ständischen Verhandlungen gegebenen Erläuterungen[2]) sind zur Verhängung der gesetzlich zugelassenen Ordnungsstrafen gegenüber von Gemeindebeamten (abgesehen von dem Ortsvorsteher selbst und dem Vorsitzenden der Amtsversammlung) nur befugt das Oberamt, die Kreisregierung und das Ministerium des Innern, außerdem die Gerichte in Ansehung der den gerichtlichen Geschäftskreis berührenden Verrichtungen der Gemeindebehörden, die Staatsanwälte gegenüber den zu den Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft gehörenden Körperschaftsbeamten, die Forstdirektion, Abteilung für Körperschaftswaldungen und die Forstämter in den die Bewirtschaftung der Waldungen der Gemeinden, Stiftungen oder sonstigen öffentlichen Körperschaften betreffenden Angelegenheiten. Dagegen ist nirgends bestimmt, daß im übrigen den Finanzbehörden, insbesondere den K. Bezirkssteuerämtern und dem K. Steuerkollegium in Ansehung der ihren Geschäftskreis berührenden Verrichtungen der Gemeindebehörden und insbesondere der Ortsvorsteher eine Ordnungsstrafgewalt zukomme. Bei der Absicht des Gesetzes, die Handhabung der Disziplin über die Beamten der Gemeinden, Stiftungen und sonstigen öffentlichen Körperschaften in Ansehung der diesen Beamten als solchen obliegenden dienstlichen Verpflichtungen erschöpfend zu ordnen, ist daher das Bestehen einer solchen Disziplinarstrafgewalt zu verneinen. Das Bestehen einer solchen Disziplinargewalt wäre vom Standpunkt des jetzt geltenden Rechts selbst dann zu verneinen, wenn die gedachten Behörden bis zu dem Inkrafttreten des Gesetzes vom 21. Mai 1891,

---

1) Vgl. § 15 der mehr genannten K. Verordnung vom 13. Febr. 1877.
2) Zu vgl. Motive zu Art. 55 des Entwurfs.

was übrigens nicht der Fall ist, zur Ausübung derselben befugt gewesen wären.

Angesichts der geschilderten Sachlage kann sich nur noch fragen, ob die Strafverfügung des K. Steuerkollegiums vom 13. Oktober d. J. der Anfechtung mittelst einer Rechtsbeschwerde im Sinne des Art. 13 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes unterworfen ist, und ob die gesetzlichen Voraussetzungen für eine solche Beschwerde gegeben sind. Auch diese Frage ist zu Gunsten des Beschwerdeführers zu bejahen. Die angefochtene Verfügung ist unzweifelhaft die Verfügung einer Verwaltungsbehörde, sie stützt sich auf Gründe des öffentlichen Rechts und ist, wie gezeigt, darum nicht gerechtfertigt, weil den Finanzbehörden die Zuständigkeit zu einer solchen Verfügung mangelt; der Beschwerdeführer ist weiter durch dieselbe in einem subjektiven Recht verletzt, sofern er zu einer vermögensrechtlichen Leistung verpflichtet wird, zu welcher er von dem K. Kameralamt W. so wenig, wie von dem K. Steuerkollegium angehalten werden konnte. Daß die ergangene Verfügung sich äußerlich auf dem Gebiete des Disziplinarstrafrechts bewegt, vermag die Statthaftigkeit einer Rechtsbeschwerde nicht zu hindern. Allerdings ist bezüglich der Ordnungs- und Disziplinarstrafen das Beschwerde- bzw. Klagerecht besonders durch die Disziplinargesetze geregelt, und diese Disziplinargesetze schließen eine Rechtsbeschwerde gemäß Art. 13 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes aus [1]). Dieselben sichern aber denn doch nur diejenigen als Disziplinarstrafverfügungen der Verwaltungsbehörden sich kundgebenden Entscheidungen gegen weitere Anfechtung, welche innerhalb der von ihnen aufgestellten Zuständigkeitsgrenze ergehen, nicht aber diejenigen, für welche die Disziplinargesetze selbst den Verwaltungsbehörden die Zuständigkeit, sei es in Absicht auf die betroffene Person oder in Absicht auf die erkannte Disziplinarstrafe versagen. Verwaltungsverfügungen der letztgedachten Art sind selbstverständlich durch die in den Disziplinargesetzen aufgestellten Beschränkungen des Beschwerderechts anderweitiger

1) Zu vgl. Art. 79 des Beamtengesetzes, Art. 56 Abs. 2 der Verwaltungsnovelle.

Anfechtung nicht unzugänglich; wie dieselben im Wege der Dienstaufsicht durch die vorgesetzten Dienstbehörden außer Wirkung gesetzt werden können [1], so unterliegen sie beim Zutreffen der sonstigen gesetzlichen Voraussetzungen auch der Verwaltungsrechtsbeschwerde; der Zulassung einer solchen stehen im vorliegenden Fall insbesondere die Bestimmungen in Art. 15 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes nicht entgegen, denn die Verfügung eines Gerichts steht von vornherein nicht in Frage, als eine gemäß den bestehenden besonderen gesetzlichen Bestimmungen endgiltige Entscheidung weiter könnte die Verfügung des K. Steuerkollegiums vom 13. Oktober d. J. nur dann betrachtet werden, wenn dieselbe innerhalb der der Disziplinarstrafgewalt der Finanzbehörden gesteckten Grenzen ergangen wäre, was, wie gezeigt, nicht zutrifft; wenn aber ferner nach Ziff. 3 des genannten Art. 15 die Beschwerde bei dem Verwaltungsgerichtshof nicht stattfindet gegen Verfügungen der Dienstaufsichtsbehörden hinsichtlich der amtlichen Befugnisse und Obliegenheiten der öffentlichen Diener, sowie hinsichtlich der Anrechnung von unständigen Nebenbezügen durch dieselben, wovon hier überall nicht die Rede ist, so läßt sich aus dieser Bestimmung gerade umgekehrt die Folgerung ziehen, daß abgesehen von den bezeichneten Fällen auch gegenüber einer aus den bestehenden Disziplinargesetzen nicht zu begründenden Verfügung einer Dienstaufsichtsbehörde, wie sie in der mehrgedachten Strafverfügung des K. Steuerkollegiums vorliegt, die verwaltungsrichterliche Instanz angerufen werden kann [2].

Vom Standpunkt des gegen den Beschwerdeführer eingeleiteten Disziplinarverfahrens aus war mit der Anrufung des K. Steuerkollegiums gegenüber der Strafverfügung des K. Kameralamts W. der Instanzenzug bei den Verwaltungsbehörden gemäß Art. 79 des Beamtengesetzes erschöpft. Die erhobene Rechtsbeschwerde richtet sich daher mit Recht gegen die von dem K. Steuerkollegium am 13. Oktober d. J. erlassene

1) Zu vgl. auch Schicker, Polizeistrafrecht, I. Aufl. I. S. 112, 2. Aufl. S. 213 f.

2) Zu vgl. auch v. Sarwey, öffentliches Recht rc. rc. S. 426.

Verfügung [1]). Da in Beziehung auf dieselbe die Beschwerdefrist (Art. 60 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes) gewahrt ist, so besteht auch nach dieser Seite hin kein Anstand, die mehr gedachte Verfügung, so wie geschehen, wegen Unzuständigkeit der Finanzbehörden zur Verhängung von Ordnungsstrafen gegen den als Mitglied der Ortssteuerkommission fungierenden Ortsvorsteher außer Wirkung zu setzen.

Urteil vom 19. Dezember 1894 in der Rechtsbeschwerdesache des Stadtschultheißen S. von W.

13.

Rückwirkung der Novelle vom 12. März 1894 zum Unterstützungswohnsitz-Gesetz [2]).

Dem am 5. September 1868 in Eßlingen geborenen ledigen Former Christian Fuchslocher ist am 8. September 1894, während er auf der Durchreise war, von der Ortsarmenbehörde in Stuttgart wegen Mittellosigkeit eine Unterstützung gewährt worden. Die Ortsarmenbehörde in Stuttgart verlangte den Ersatz des Betrages von dem Landarmenverband für den Neckarkreis.

Wie unbestritten war, hatte Fuchslocher, dessen Eltern in den Jahren 1871 und 1877 verstorben sind, den durch Abstammung erworbenen Unterstützungswohnsitz in Eßlingen, als er von da im Jahre 1890 weggieng, noch besessen. Seit dieser Zeit (von anfangs März 1890 an) hat er bis zum Beginn des Jahres 1894 mit Ausnahme weniger Wochen in Nürnberg und der nächsten Umgebung dieser Stadt und vom 7. Mai bis 20. August 1894 in Elberfeld sich aufgehalten, sonst sich auf der Wanderschaft befunden; unbestrittenermaßen hat er in der ganzen Zeit nicht wieder in Eßlingen den Aufenthalt genommen. Nach seiner Angabe ist Fuchslocher wegen Landstreicherei und Bettels am 21. Dezember 1892 in Heidelberg mit 7 Tagen Haft und am 26. April 1894 in Wetzlar mit 3 Tagen Haft

1) Vgl. Art. 64 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes.

2) Vgl. oben Nr. 4 S. 216.

bestraft worden; eine nähere Erhebung des Zeitpunkts der Verurteilung und der Strafverbüßung hat nicht stattgefunden. Unter der Herrschaft des Reichsgesetzes vom 6. Juni 1870 über den Unterstützungswohnsitz hatte Fuchslocher mit Zurücklegung des 24. Lebensjahrs am 5. September 1892 die Armenmündigkeit erreicht; seit dieser Zeit war aber, wie die Landarmenbehörde für den Neckarkreis gegen den Erstattungsanspruch eingewendet hat, die zum Verluste des Unterstützungswohnsitzes führende zweijährige Frist, als am 8. September 1894 Fuchslocher die öffentliche Unterstützung erhielt, darum nicht völlig abgelaufen, weil der Fristablauf während der Erstehung der beiden Freiheitsstrafen geruht hatte.

Durch Urteil der K. Kreisregierung in Ludwigsburg vom 13. April 1895 ist aus dem Grunde der Rückwirkung der mit dem 1. April 1894 in Kraft getretenen Novelle vom 12. März 1894 zum Unterstützungswohnsitzgesetz der beklagte Landarmenverband unter Verfällung in die Kosten des Rechtsstreits verurteilt worden, dem klagenden Ortsarmenverband den beanspruchten Betrag zu erstatten. Gegen dieses Urteil hat der beklagte Landarmenverband die Berufung erhoben. Das Rechtsmittel ist von dem Verwaltungsgerichtshof durch Urteil vom 17. Juli 1895 als unbegründet zurückgewiesen worden.

Gründe:

Da, als mit dem 1. April 1894 die Novelle vom 12. März 1894 in Kraft trat, Fuchslocher bereits am 5. September 1886 das 18. Lebensjahr zurückgelegt hatte und reichlich 4 Jahre lang von Eßlingen ununterbrochen abwesend gewesen war, während welcher Zeit die freie Selbstbestimmung bei der Wahl des Aufenthalts nur kurze Zeit während der Erstehung der bekannten beiden Haftstrafen von sieben und von drei Tagen ausgeschlossen war, so hat Fuchslocher mit dem am 1. April 1894 erfolgten Inkrafttreten des Reichsgesetzes den Unterstützungswohnsitz, den er bis dahin in Eßlingen noch besessen hätte, verloren; und einen anderen Unterstützungswohnsitz hat er mit dem genannten Zeitpunkte und bis zum 8. September 1894 nicht erworben, da er nirgends im Geltungsgebiete des Gesetzes den erforder-

lichen zweijährigen Aufenthalt gehabt hat. Da somit Fuchslocher, als er am 8. September 1894 von dem Kläger unterstützt wurde, landarm war, ist der Beklagte zur Erstattung des Unterstützungsaufwands mit Recht verurteilt. Der Verwaltungsgerichtshof hat bereits in einem Urteil vom 15. Mai 1895 [1]) .... abweichend von der im Amtsblatt des K. Ministeriums des Innern von 1894 S. 131 vertretenen Ansicht grundsätzlich den Standpunkt eingenommen, daß der mit dem 1. April 1894 in Kraft getretenen Novelle zum Unterstützungswohnsitzgesetz rückwirkende Bedeutung zukomme .....

Urteil vom 17. Juli 1895 in der Berufungssache des Landarmenverbands für den Neckarkreis gegen den Ortsarmenverband Stuttgart.

14.

Zu § 76 c des Krankenversicherungsgesetzes vom 15. Juni 1883/10. April 1892. Anspruch der das Heilverfahren übernehmenden Berufsgenossenschaft auf das Krankengeld.

Am 13. Januar 1894 hat der am 17. Mai 1879 geborene Sägerlehrling Adam Girrbach in der Hornberger'schen Sägmühle in Schönmünzach Gemeindebezirks Schwarzenberg einen Unfall dadurch erlitten, daß ihm von der Kreissäge das Nagelglied und das zweite Glied des rechten Daumens aufgerissen wurden. Da der Verletzte zur Zeit des Unfalls Mitglied der Bezirkskrankenkasse Freudenstadt (gemeinsamen Ortskrankenkasse für Schwarzenberg und 34 andere Gemeinden des Oberamts) war, wurde ihm von dieser Kasse die statutenmäßige Krankenunterstützung gewährt. Dieselbe wurde aber am 18. Februar 1894 eingestellt, weil Girrbach von diesem Tage ab von dem Kassenarzte, der ihn bis dahin behandelt hatte, für geheilt und arbeitsfähig erklärt wurde; Girrbach hat auch seine frühere Beschäftigung in dem Sägmühlebetrieb wieder aufgenommen und seinen Lohn wieder bezogen. Die Südwestdeutsche Holzberufs-

1) Oben Nr. 4 S. 216.

genossenschaft Sektion I Stuttgart, bei der Girrbach nach dem Unfallversicherungsgesetz vom 6. Juli 1884 gegen die Folgen von Betriebsunfällen versichert war, ließ, nachdem sie von dem Unfall Kenntnis erhalten hatte, den Girrbach in Stuttgart am 24. März 1894 durch den Medizinalrat Dr. Roth untersuchen und nahm nunmehr das Heilverfahren wieder auf. Girrbach wurde in die orthopädische Armenanstalt Paulinenhilfe aufgenommen, aus der er am 28. April 1894 als vollständig wiederhergestellt entlassen wurde. Die Berufsgenossenschaft beanspruchte hierauf von der Krankenkasse für die Zeit vom 24. März bis 14. April [1]) das dem Girrbach zustehende Krankengeld.

Durch Urteil vom 25. September 1895 hat unter Abänderung der unterrichterlichen Entscheidung der Verwaltungsgerichtshof die beklagte Bezirkskrankenkasse für verpflichtet erklärt, der klagenden Berufsgenossenschaft den eingeklagten Betrag zu bezahlen. Aus den

Gründen:

1. Wie zur Erläuterung des § 76 c des Krankenversicherungsgesetzes vom 15. Juni 1883/10. April 1892 in den Motiven dargelegt ist, erfordern die durch Unfälle herbeigeführten Verletzungen, um die völlige Wiederherstellung der Erwerbsfähigkeit zu erreichen, vielfach eine Behandlung, wie sie von zahlreichen, namentlich kleineren Krankenkassen nicht zu erwarten ist, zumal diese wohl an der möglichst raschen Beendigung, nicht aber an dem dauernden Erfolge des Heilverfahrens ein Interesse haben; dagegen ist das Interesse an dem letzteren für die Berufsgenossenschaft ein sehr erhebliches, und diesem Interesse sowie dem des Verletzten entspricht es, daß die Berufsgenossenschaft in den Fällen, in denen eine erfolgreiche Behandlung durch die Krankenkasse zweifelhaft erscheint, schon vor dem Eintritt ihrer Entschädigungspflicht das Heilverfahren in die Hand nimmt. Aus diesen Gründen legt der § 76 c der Berufsgenossenschaft das Recht bei, in Fällen solcher Art die gesamten Verpflichtungen der Krankenkasse zu übernehmen, wogegen zu teilweiser Schadloshaltung für die Aufwendungen der Berufsgenossenschaft

1) bis zum Ablauf der dreizehnten Woche seit dem Unfall.

der Anspruch des Verletzten gegen die Krankenkasse auf Krankengeld auf die Berufsgenossenschaft „übergeht“. Angesichts dieser klar ersichtlichen Absicht und Zweckbestimmung der Gesetzesvorschrift ist die dem klägerischen Anspruch entgegengesetzte Einwendung, daß die klagende Berufsgenossenschaft in ihrem eigenen Interesse das Heilverfahren für den Adam Girrbach nachträglich übernommen habe, ganz verfehlt; und daß am 24. März 1894 ein durch den Betriebsunfall herbeigeführter Erkrankungsfall im Sinne des Gesetzes vorlag, der das angewendete Heilverfahren rechtfertigte, läßt sich nach den von dem Medizinalrat Dr. Roth am 24. März und 28. April 1894 abgegebenen Begutachtungen nicht in Abrede stellen. Daß der verletzte rechte Daumen des Girrbach, seitdem er am 18. Februar seine frühere Beschäftigung in der Hornberger'schen Sägmühle in Schönmünzach wieder aufgenommen hatte, noch etwas steif geblieben sei, ist auch von der beklagten Krankenkasse zugestanden. Eben zur Beseitigung der Gefahr dauernder Steifigkeit des Nagelglieds und des zweiten Gelenks und der Fortdauer der vorhandenen Neigung zum Rückwärtsüberstrecken erklärte Dr. Roth die baldige Anwendung der Massagegymnastik für geboten. Unerheblich ist, daß Girrbach so weit wieder hergestellt war, daß er seine frühere Beschäftigung als Sägerlehrling in der Hornberger'schen Sägmühle wieder aufzunehmen im Stande war. Zur Arbeitsleistung in solcher Beschäftigung wäre er, auch wenn er nur notdürftig wiederhergestellt war und die Steifigkeit des Daumens und die Neigung der Daumengelenke zum Rückwärtsüberstrecken behielt, immer noch, wenn auch in minderem Maße als vorher, fähig geblieben. Mit dem von der Klägerin eingeleiteten Heilverfahren wurde aber bezweckt und in kurzer Zeit erreicht, dem Verletzten die ungestörte Leistungsfähigkeit der rechten Hand wiederherzustellen und ihm mit der Wiederbefähigung zu solcher Arbeitsleistung, zu der er als Lehrling und später als ausgebildeter Arbeiter die ungehinderte Gebrauchsfähigkeit seiner Hand bedarf, den vollen Grad der Erwerbsfähigkeit wieder zu verschaffen. Die Möglichkeit, daß etwa Girrbach im Verlaufe der Zeit die ungestörte Leistungs-

fähigkeit seiner Hand auch ohne die angewendete ärztliche Behandlung wieder erlangt hätte, kann gegen den klägerischen Anspruch nicht mit Erfolg geltend gemacht werden; im Hinblick auf das Gutachten des Dr. Roth, der die baldige Anwendung der Massagegymnastik für geboten erklärte, hat die Klägerin ganz korrekt und den Umständen angemessen gehandelt, indem sie die sofortige Anwendung dieses Heilverfahrens anordnete und den damals noch nicht ganz 15 Jahre alten Girrbach in Stuttgart in die orthopädische Armenanstalt, deren Vorstand Dr. Roth ist, aufnehmen ließ.

2. Mit Unrecht macht sodann der Unterrichter zum Ausgangspunkt seiner die Klage abweisenden Entscheidung, daß zur Zeit der Uebernahme des Heilverfahrens seitens der Klägerin 2c. Girrbach an die beklagte Krankenkasse einen Anspruch auf Krankengeld nicht gehabt habe und daher ein solcher Anspruch von Girrbach nicht habe auf die Klägerin übergehen können. Bei der Auslegung des § 76 c ist davon auszugehen, daß mit der Uebernahme des Heilverfahrens seitens der Berufsgenossenschaft diese dem Verletzten gegenüber vollständig an die Stelle der an sich zur Fürsorge verpflichteten Krankenkasse tritt und auf die Berufsgenossenschaft alle Verpflichtungen der Krankenkasse gegenüber dem Verletzten übergehen, also außer der Verpflichtung zur Gewährung von ärztlicher Behandlung und von Heilmitteln auch die Verpflichtung zur Zahlung von Krankengeld im Falle der Erwerbsunfähigkeit, wenn nicht die Berufsgenossenschaft von der Befugnis, Krankenhauspflege eintreten zu lassen, Gebrauch macht. Eben darum ist der Wortlaut des Gesetzes, daß andererseits auf die Berufsgenossenschaft der Anspruch des Erkrankten auf Krankengeld (nach der Ausdrucksweise der Motive: der Anspruch des Verletzten gegen die Krankenkasse auf Krankengeld) übergehe, nicht dahin auszulegen, daß, wenn im Zeitpunkte der Uebernahme des Heilverfahrens ein Rechtsanspruch auf Krankengeld dem Verletzten gegen die Krankenkasse noch zustehe, dieser von dem Verletzten durch Cession kraft Gesetzes auf die Berufsgenossenschaft übergehe. Mit Recht wird

hiegegen bemerkt[1]), daß der Rechtsanspruch des Erkrankten auf Krankengeld nicht gleichzeitig in der Person des Erkrankten mit verändertem Schuldner (Berufsgenossenschaft) bestehen bleiben und auf den letzteren selbst im Wege gesetzlicher Cession von dem Erkrankten übergehen kann, daß es sich vielmehr in Wahrheit um einen Erstattungsanspruch der Berufsgenossenschaft gegen die Krankenkasse handelt, für welchen der Betrag des dem Unterstützten an sich gegen die Krankenkasse zustehenden Krankengeldes nur das Maß abgiebt und wobei, wenn die Berufsgenossenschaft Krankenhauspflege gewährt, der von der Krankenkasse zu bezahlende dem Krankengelde gleichkommende Betrag eine Pauschalabfindung darstellt. Obschon nach § 6 Abs. 1 Ziff. 2 des Gesetzes als Krankenunterstützung neben ärztlicher Behandlung und Verabreichung von Heilmitteln ein Krankengeld nur im Falle der Erwerbsunfähigkeit zu gewähren ist, kommt es doch bei der Entscheidung der Streitsache nicht darauf an, ob, wenn die Klägerin das Heilverfahren nicht übernommen hätte, Girrbach am 24. März 1894 und in der Folgezeit in Schönmünzach seine Beschäftigung in der Hornberger'schen Sägmühle hätte fortsetzen können und darum keinen Anspruch auf Krankengeld gegen die beklagte Krankenkasse gehabt hätte, sondern es handelt sich darum, ob Girrbach, während er in Stuttgart dem Heilverfahren in der orthopädischen Anstalt unterworfen wurde, erwerbsfähig geblieben ist und nicht vielmehr in Folge der Uebernahme des Heilverfahrens die Klägerin, wenn sie den Girrbach der orthopädischen Armenanstalt nicht zugleich zur Verpflegung auf ihre Kosten überwiesen hätte, Krankengeld ihm an der Stelle der beklagten Krankenkasse zu bezahlen gehabt hätte. Es läßt sich aber, auch wenn man mit der Beklagten davon ausgeht, daß nicht schon die bloße Aufnahme in die Heilanstalt in Stuttgart die Annahme der Erwerbsunfähigkeit begründe, den Untersuchungsgutachten des Dr. Roth auch ohne dessen ausdrückliche Aeußerung hierüber entnehmen, daß der damals noch nicht ganz 15 Jahre alte und schon wegen dieses jugendlichen Alters in

1) Vgl. Hahn in Honigmann's Arbeiterversorgung, Jahrgang 1893 S. 166.

geringem Grade erwerbsfähige Girrbach, indem er in der Heilanstalt der massage-gymnastischen Behandlung unterworfen wurde, bis zum 14. April 1894, bis zu welchem Zeitpunkt die Bezahlung des Krankengelds beansprucht ist, nicht bloß erwerbslos, sondern auch, weil das Heilverfahren ihm Schmerzen bereitete und zugleich Schonung seiner Hand verlangte, erwerbsunfähig in seinem Berufe als Holzsäger, falls sich in demselben eine Erwerbsgelegenheit für ihn zu dieser Zeit gefunden hätte, gewesen ist.

Urteil vom 25. September 1895 in der Berufungssache der Südwestdeutschen Holzberufsgenossenschaft gegen die Bezirkskrankenkasse Freudenstadt.

15.

Vertragsmäßige Begründung und Regelung des Nutzungsrechts an einem öffentlichen Gewässer. Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte.

(Art. 10 Ziff. 24 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 16. Dez. 1876).

Der Sachverhalt ergiebt sich aus den

Gründen:

Der Kläger hat auch in dieser Instanz um ein Urteil dahin gebeten, daß der Beklagte nicht berechtigt sei, mit dem Wasser- und Mühlwerk seiner am Jagstkanal in Dörzbach gelegenen Mahlmühle auch eine Dresch- und Futterschneidmaschine zu betreiben, daß derselbe demgemäß diese Maschine zu entfernen und eine Neuanbringung zu unterlassen habe. In zweiter Linie will der Kläger ausgesprochen wissen, daß der Beklagte die gedachten Nebenwerke jedenfalls nicht bei Wassermangel, und in dritter Linie, daß er sie bei Wassermangel nicht gleichzeitig mit der Mahlmühle betreiben dürfe. Dieser Anspruch wird abgeleitet aus dem von den Parteien am 21. Mai 1891 in dem Vorprozeß abgeschlossenen Vergleich, eventuell aus der die beiderseitigen Benutzungsrechte an dem Wasser des Jagstkanals regelnden Konvention zwischen den Besitzvorfahren der Parteien vom 9. April 1798. Dabei geht der Kläger davon aus, daß, da der Jagstfluß und der die Wasserwerke der Parteien speisende Jagst-

kanal unzweifelhaft ein öffentliches Gewässer sei, die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte zur Verhandlung und Entscheidung des Rechtsstreits in der Bestimmung des Art. 10 Ziff. 24 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 16. Dezember 1876 ihre Begründung finde und daß mit der Bezugnahme auf die vertragsmäßige Regelung des Rechtsverhältnisses zwischen den beiden Mühlebesitzern in Absicht auf die Benützung des Wassers der Jagst diese Zuständigkeit nicht in Frage gestellt werde. Dieser Auffassung ist beizupflichten.

Was zunächst die Konvention vom 9. April 1798 betrifft, so haben in derselben die Erbauer der jetzigen Loh-, Walk-, Oel- und Reibmühle wegen der Zuwendung des erforderlichen Betriebswassers an das neue Werk allerdings vertragsmäßig untereinander festgestellt, daß der Jagstmüller hiezu den Leerlauf von seiner Wasserstube abzutreten habe und daß bei Mangel des Wassers die Oelmühle nicht gehen dürfe, es wäre denn, daß der Müller sonst nichts zu mahlen hätte, daß ferner, um allen Verdruß in ferneren Zeiten zu verhüten, ein Wassereichpfahl zu errichten sei, damit kein Teil Schaden leide. Gleichzeitig ist in § 9 der Konvention aber auch bestimmt, daß beide Teile wegen der getroffenen Verabredungen die hochherrschaftliche Genehmigung und gnädig guten Rat sich erbitten wollen, und alle übrige hier nicht überdacht werden könnende Fälle hochherrschaftlicher Entscheidung unterthänig submittiert sein sollen. Mit diesem Vorbehalt haben die Kontrahenten die von ihnen wegen der Benützung des Jagstkanalwassers getroffenen Verabredungen der maßgebenden Entschließung der damaligen reichsritterschaftlichen Territorialherrn in Dörzbach unterstellt, welche letzteren, wie auch nach der Urkunde vom 28. Febr./1. März 1794 über die Erwerbung der Jagstmühle durch Johann Adam Burkert anzunehmen, in diesem Gebietsteil, entsprechend der sonst in Deutschland ausgebildeten Rechtsanschauung, das ausschließliche Verfügungsrecht über das fließende Wasser der Jagst an dieser Strecke beanspruchten[1]).

Zu Folge der demnächst am 24. April, 3. und 13. Mai 1798

1) Zu vgl. Württemb. Archiv, Band 1 S. 272.

erteilten obrigkeitlichen Ratifikation ist daher auch das Wasser-nutzungsrecht der Besitzvorfahren des Klägers und auch des Beklagten selbst seinem letzten Grunde nach eben auf diese territorialherrliche Genehmigung zurückzuführen und es erscheint damit dasselbe trotz der vorgängigen konventionsmäßigen Regelung nicht als ein Verhältnis des Privatrechts, sondern als ein nach den Normen des öffentlichen Rechts zu beurteilendes Verhältnis des öffentlichen Rechts, eine Auffassung, mit welcher durchweg die Art und Weise im Einklang stand, wie am 9. Juli 1867 von der K. Kreisregierung in Ellwangen „in Nachholung des unterbliebenen Vollzugs der in der Konvention von 1798 verabredeten wasserpolizeilichen Anordnungen" die erforderlichen Verfügungen wegen der Herstellung eines die beiderseitigen Wasserbenützungsgrenzen festlegenden Eichzeichens getroffen wurden. Wenn daher der Kläger jetzt die Berechtigung des Beklagten zur Benützung des Jagstwassers für den Betrieb einer Dresch- und Futterschneidmaschine unter Hinweis auf den Inhalt der Konvention vom 9. April 1798 bestreitet, so ist der von ihm erhobene Anspruch noch keineswegs privatrechtlicher Art. Gemäß dem Ausgeführten wird dieser Anspruch vielmehr durch die Bezugnahme auf ein Rechtsverhältnis begründet, welches nach Lage der Sache als ein auf der Genehmigung des Territorialherrn beruhendes, beziehungsweise von der Staatsgewalt, soweit sich diese Bezeichnung auf den reichsritterschaftlichen Besitz anwenden läßt, abgeleitetes und damit als ein Rechtsverhältnis des öffentlichen Rechts zu betrachten ist [1]). Ist aber das Verhältnis, welches zwischen den Besitzern der Mahlmühle und der Lohmühle in Gemäßheit der Konvention vom 9. April 1798 und der Verfügung der K. Kreisregierung zu Ellwangen vom 9. Juli 1867 in Beziehung auf die Nutzung des Jagstwassers besteht, durch die Normen des öffentlichen Rechts beherrscht, so kommt auch dem Anspruch, welchen der Kläger auf den Vergleich vom 21. Mai 1891 stützt, der Charakter eines privatrechtlichen Anspruchs nicht zu. Mit dem gedachten Vergleich hat der Rechtsstreit der Parteien

1) Zu vergl. Württembergisches Gerichtsblatt, Band 8 S. 370 f. und Württemb. Archiv, Band 12 S. 311, Band 15 S. 68—71.

seine Erledigung erhalten, welcher die Frage zum Gegenstand hatte, ob der Beklagte im Hinblick auf die Bestimmungen der Konvention vom 9. April 1798 berechtigt sei, seiner Mahlmühle zwei Schleifsteine, eine Holzsäge und eine Obstmahlmühle anzuhängen.

Wie der Rechtsstreit selbst, so betraf auch der Vergleich lediglich die Frage der Verteilung der Wasserkraft, der Ausnützung der vorhandenen Wasserkraft nach Maßgabe der in Zusammenhang mit der Begründung der beiderseitigen Nutzungsrechte aufgestellten Normen. Daß eine unter solchen Umständen herbeigeführte vergleichsmäßige Einigung keinen privatrechtlichen Titel schafft, ist in der Rechtsprechung längst anerkannt [1]).

Urteil vom 22. Mai 1895 in der Berufungssache des Gerbers und Lohmüllers Heinrich Stolz in Dörzbach, Oberamts Künzelsau, gegen den Jagstmüller Wilhelm Käferle daselbst.

16.

Kollision zwischen dem Wasserbenutzungsrecht des Mühlebesitzers und der Benützung des Wassers für Feuerlöschzwecke. Schadensersatz-Anspruch.

Der Sachverhalt ergiebt sich aus den

Gründen [2]):

1. Der Kläger will in erster Reihe die Verpflichtung der beklagten Ortsgemeinde ausgesprochen wissen, die von derselben für Feuerlöschzwecke in dem Schwarzlachenbach zu Sulzdorf am Durchlaß des Bachs unter dem Ortsweg Nr. 13 angebrachte Stauvorrichtung zu entfernen, eventuell die eingesetzte Falle in der Weise herzustellen und offen zu halten, daß es nicht mehr möglich werden könne, daß dem Kläger durch die Stauung des

1) Zu vgl. Lang, Handbuch des Sachenrechts. 2c. 2c. § 122 Note 6 und die dortigen Citate; Jahrbücher der Württembergischen Rechtspflege, Bd. 7 S. 113; Hohl, Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege S. 132. 140.

2) Darüber, daß der Schwarzlachenbach ein öffentliches Gewässer ist, bestand kein Zweifel.

Wassers und das in seine Stallung eindringende Hinterwasser Schaden verursacht werde. Was indessen zunächst die Beseitigung der vorhandenen Stauvorrichtung betrifft, so erscheint der hierauf gerichtete Anspruch in keinem Falle begründet. Wie unbestritten ist, haben die bürgerlichen Kollegien der Gesamtgemeinde Sulzdorf unter Mitwirkung des Bezirksfeuerlöschinspektors, des Vorstandes des Oberamts Hall und des Landesfeuerlöschinspektors am 6. Mai 1886 auf den Grund der Landesfeuerlöschordnung vom 7. Juni 1885 und des § 5 Abs. 3 der zum Vollzug derselben ergangenen Verfügung des K. Ministeriums des Innern vom 24. November 1885 (Reg.-Bl. S. 503) beschlossen, am Schwarzlachenbach zwei bis drei Schwellvorrichtungen anzubringen. In Ausführung dieses Beschlusses ist von der beklagten Ortsgemeinde die im Streite befindliche Stauvorrichtung (Stellfalle) hergestellt worden, und es hat das K. Oberamt Hall, welches schon aus Anlaß der Genehmigung der Lokalfeuerlöschordnung der zusammengesetzten Gemeinde Sulzdorf im Jahre 1890 von dem Vorhandensein der Stauvorrichtung Kenntnis erhalten hatte, nachträglich am 28. April 1894 noch besonders ausgesprochen, daß gegen dieselbe von Flußpolizei wegen nichts zu erinnern sei. Mit Herstellung der Stauvorrichtung hat hienach die beklagte Gemeinde lediglich eine im Gesetz begründete Vorschrift der höchsten Landespolizeibehörde zur Anwendung und Ausführung gebracht; bestimmungsgemäß hat die Stauvorrichtung auch ausschließlich den Zweck, für den Fall eines Brandes und für die periodischen Uebungen der Feuerwehr das zur Bedienung der Feuerspritzen erforderliche Wasser zu beschaffen, einem anderweitigen Zwecke soll die Stauvorrichtung nicht dienen. Man kann dahin gestellt sein lassen, ob der Kläger in der Lage wäre, unter Berufung auf das ihm als Mühlebesitzer zustehende Wassernutzungsrecht die Beseitigung der in solcher Weise im öffentlichen Interesse erstellten, dem öffentlichen Interesse dienenden Stauvorrichtung dann zu verlangen, wenn die Benützung derselben zu Folge Rückstaues eine Beeinträchtigung seines Mühlebetriebs oder eine Beschädigung seines Mühlwerks und dessen Zubehörden im Gefolge hätte. Denn ein solcher Anspruch ist

jedenfalls dann nicht begründet, wenn das Bestehen und die Benützung der Stauvorrichtung, wie dies im vorliegenden Falle zutrifft, für den Mühlenbetrieb des Klägers mit keinerlei Nachteilen verknüpft ist. Nach den eingehenden Ermittlungen des gerichtlichen Sachverständigen, Wasserbautechnikers Oberamtsbaumeisters Berner in Hall, welchen gegenüber die allgemeine Berufung auf ein Gutachten des Geometers Wolf in Hall nicht in Betracht kommen kann, steht aber vor allem fest, daß bei geöffneter Falle ein Rückstau von der 251 m unterhalb des Mühlanwesens des Klägers angebrachten Stauvorrichtung überhaupt nicht stattfinden kann, da keine Erhöhung der Fallenschwelle über die Bachsohle stattgefunden hat. Nicht minder ist davon auszugehen, daß, wenn das Wasser vor der Feuerlöschfalle nur bis auf 0,465 m gestaut wird, ein Rückstau unter das Wasserrad des Klägers nicht stattfindet und andererseits die Stauung des Wassers auf 0,465 m für die Zwecke der Beklagten vollkommen genügt, ja eine höhere Stauung für diese Zwecke schon darum ausgeschlossen ist, weil sonst der Standort für die Spritzenmannschaft unter Wasser gesetzt würde. Wenn der Vertreter des Klägers in der mündlichen Verhandlung dieser Instanz den Feststellungen des Oberamtsbaumeisters Berner gegenüber geltend gemacht hat, daß sie bei niederem Wasserstand gemacht worden seien und daß sie für einen höheren Wasserstand nicht als zutreffend anerkannt werden können, so ist übersehen, daß nach der ausdrücklichen Versicherung des Sachverständigen in dem Gutachten vom 27. Dezember 1894 der Wasserzulauf zur Zeit der Messung im Gegenteil ein starker war, da einige Tage vorher Regenwetter geherrscht hatte. Der Beweiswert der gutächtlichen Aeußerung des Oberamtsbaumeisters Berner wird auch selbstverständlich nicht durch die Thatsache abgeschwächt, daß derselbe bei der Herbeiführung der Feuerlöscheinrichtungen in der Gemeinde Sulzdorf in den Jahren 1886 und 1890 dienstlich thätig war, und zwar dies um so weniger, als ja in dem jetzt abgegebenen Gutachten die Art und Weise, wie die Stellfalle am Schwarzlachenbach von der Ortsgemeinde Sulzdorf ausge-

führt wurde, als einer gewissen Abänderung bedürftig bezeichnet worden ist.

Nun hat sich weiter die beklagte Ortsgemeinde im Laufe des Rechtsstreits nicht nur ausdrücklich für verpflichtet erklärt, die Falle der Stauvorrichtung nur behufs der Beschaffung von Wasservorräten bei Brandfällen und bei Feuerwehrproben zu schließen und im übrigen vollständig offen zu halten, sondern sie hat auch die fernere Verpflichtung eingegangen, die zur Zeit 0,98 m hohe Fallentafel der Stauvorrichtung um 515 mm abzunehmen, d. h. auf eine Höhe von 0,465 m zu bringen und die Falle überdies zur Beseitigung einer mißbräuchlichen Verwendung verschließbar zu machen. Angesichts dieser Erklärungen kann für den Kläger aus dem Bestand und der Benützung der Stauvorrichtung in der Gestalt, wie solche von der Beklagten künftig aufrecht erhalten werden will, eine Beeinträchtigung bei der ihm zukommenden Wassernutzung überhaupt nicht erwachsen, es ist daher nicht abzusehen, in wie fern der Kläger, der in erster Instanz selbst sich dahin ausgesprochen hat, daß er nichts einzuwenden sich verpflichte, wenn lediglich die Schwellung des Wassers im Schwarzlachenbach für Feuerlöschzwecke erfolge, noch jetzt an dem Verlangen festhalten zu können glaubt, daß die beklagte Ortsgemeinde die von ihr für Feuerlöschzwecke in dem genannten Bach angebrachte Stauvorrichtung entferne. Durch die kaum erwähnten Erklärungen der beklagten Ortsgemeinde erledigt sich aber auch das eventuelle Gesuch des Klägers wegen der Gestaltung und Benützung der Stauvorrichtung; denn zu Folge der von der Beklagten übernommenen Verpflichtungen ist der Kläger sowohl gegen schädlichen Rückstau als gegen eine mißbräuchliche Verwendung der Stauvorrichtung sichergestellt, ein weiter gehender Anspruch, falls ein solcher in dem gestellten Gesuch zu erblicken sein sollte, wäre unbegründet. Indem es sonach bei den von der Beklagten abgegebenen verpflichtenden Erklärungen das Bewenden zu behalten hat, ist der Kläger im Uebrigen mit der erhobenen Klage, soweit sie die Entfernung und eventuell die Beschaffenheit der von der Beklagten in dem

Schwarzlachenbach hergestellten Stauvorrichtung zum Gegenstand hat, abzuweisen.

2. Unter dem Vorbringen, daß die im Jahre 1887 ohne die vorgängige Befragung der Anlieger, wie ohne die erforderliche Genehmigung der Flußpolizeibehörde erfolgte Herstellung der Stauvorrichtung und die durch dieselbe bewirkte Rückstauung des Schwarzlachenbachwassers im Jahre 1891 bei eingetretenem starkem Regen die Zerstörung eines Teils seiner Mühleinrichtungen herbeigeführt habe, verlangt der Kläger in zweiter Reihe in dem gegenwärtigen Verfahren von der beklagten Ortsgemeinde Ersatz des ihm an seinem Eigentum zugegangenen Schadens in Höhe von 685 M. 98 Pfg., wobei er zur Begründung der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte zur Verhandlung und Entscheidung über diesen Anspruch darauf hinweist, daß es sich bei demselben lediglich um eine „accessorische Nebenforderung zur Hauptsache" handle. Mit Recht hat indessen der erste Richter die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte gegenüber diesem Anspruch verneint. Nach Art. 10 Ziff. 24 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes kommt den Verwaltungsgerichten die Verhandlung und Entscheidung über Streitigkeiten, welche die Benützung öffentlicher Gewässer betreffen, nur dann zu, wenn hierüber ein Streit zwischen mehreren Beteiligten besteht und der erhobene Anspruch nicht privatrechtlicher Art ist. Wenn man nun auch im vorliegenden Fall davon ausgehen kann und davon auszugehen hat, daß der Streit darüber, ob die Beklagte dem der Mühle des Klägers zukommenden Wasserbenützungsrecht gegenüber berechtigt ist, die hergestellte Stauvorrichtung zu haben und dem angesprochenen Zwecke gemäß zu benützen, sich als ein im verwaltungsgerichtlichen Parteistreitverfahren auszutragender Streit über die Benützung eines öffentlichen Gewässers darstellt, sofern die beklagte Gemeinde bei der Herstellung und Unterhaltung der Stauvorrichtung dem Kläger nicht in Ausübung einer öffentlichen Gewalt, sondern als einzelnes, das bestimmte konkurrierende Wasserbenutzungsrecht im Interesse der Gemeindegenossen in Anspruch nehmendes Rechtssubjekt entgegentrat und entgegentritt, so folgt doch aus

der hiemit gegebenen Zulässigkeit des verwaltungsgerichtlichen Parteistreitverfahrens für den Anspruch auf Beseitigung der getroffenen Einrichtung als einer dem Kläger in der Eigenschaft als Wasserbenutzungsberechtigten nachteiligen, noch keineswegs, daß der Verwaltungsrichter sich auch der Verhandlung über den hiemit verbundenen Anspruch auf Ersatz des dem Kläger aus der getroffenen Einrichtung angeblich bereits zugegangenen Schadens zu unterziehen hätte. Denn dieser Anspruch ist privatrechtlicher Natur. Er wird gestützt auf die Behauptung, daß die beklagte Gemeinde die im Streite befindliche Einrichtung zu Unrecht hergestellt, daß sie dieselbe über ihren ausgesprochenen Zweck benützt, geschlossen gehalten habe, und daß zu Folge dessen der Kläger in seinem Eigentum gestört und geschädigt worden sei. Hiemit ist ein lediglich dem Privatrecht angehöriger, selbständiger, zu dem erst erhobenen Anspruch keineswegs in dem Verhältnis des Nebenanspruchs zu dem Hauptanspruch stehender Klagegrund aufgestellt [1]), und es kann an der hieraus sich ergebenden Zuständigkeit des Civilrichters zur Verhandlung und Entscheidung über den Entschädigungsanspruch nichts ändern, daß die hiebei möglicherweise in Betracht kommende Frage, ob die beklagte Gemeinde auch vor eingeholter flußpolizeilicher Erlaubnis befugt war, die im Streite befindliche Stauvorrichtung anzubringen, sich nach Normen des öffentlichen Rechts beurteilt [2]).

Urteil vom 12. Juni 1895 in der Berufungssache des Müllers Johann Dreher in Sulzdorf, OA. Hall, gegen die Ortsgemeinde Sulzdorf.

17.

Ausübung der Jagd durch den Grundeigentümer. Zusammenhängender Grundbesitz von mehr als 50 Morgen. Passivlegitimation der Gemeinde.

In der Berufungssache zwischen dem Gutsbesitzer Michael

1) Zu vgl. Lang, Handbuch des Sachenrechts. § 122 Note 12.

2) Zu vgl. auch Sarwey, öffentliches Recht. S. 373 unten, S. 379. Art. 34 Abs. 1, 2 der Landesfeuerlöschordnung vom 7. Juni 1885 und Art. 2 Ziff. 4 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 16. Dez. 1876.

Baßmann von Oberrimbach OA. Mergentheim, Kläger, Berufungskläger und Berufungsbeklagten, und der Gemeinde Oberrimbach, Beklagten, Berufungsbeklagten und Berufungsklägerin, Jagdrecht betreffend, wurde durch Urteil des Verwaltungsgerichtshofs vom 12. Juni 1895 die Berufung des Klägers sowie die Berufung der Beklagten gegen das Urteil der K. Regierung für den Jagstkreis vom 7. Dezember 1894 zurückgewiesen und dieses Urteil dahin bestätigt: Der Kläger ist berechtigt, von Eintritt der Rechtskraft des Urteils an auf seinen einen zusammenhängenden Grundbesitz im Meßgehalt von über 50 Morgen darstellenden Grundstücken Parz. Nr. 119, 122, 126, 130, 132, 133, 134, 136, 144, 145 und dem Feldweg Nr. 12 der Markung Oberrimbach ohne Rücksicht auf die Dauer des derzeitigen Jagdpacht-Vertrags der Gemeinde Oberrimbach mit ihrem Pächter Bauer die Jagd auszuüben, und es hat sich die Beklagte von dem bezeichneten Zeitpunkt an der Jagdausübung auf diesem Jagdgebiet zu enthalten. Mit seinem Anspruch auf eigene Jagdausübung auch auf seinen weiteren Grundstücken Parz. Nr. 29, 30, 124, 140 derselben Markung wird Kläger abgewiesen....

Gründe:

I. Die Berufung der Beklagten gegen das erstrichterliche Urteil erscheint unbegründet:

1. Die Beklagte behauptet, nicht die richtige Beklagte zu sein: sie habe nur namens der Grundeigentümer und insbesondere auch des Klägers selbst das Jagdrecht verpachtet und nehme dasselbe nicht für sich in Anspruch; die Klage wäre daher gegen den Pächter Bauer zu richten gewesen. Allein wenn auch nach dem Wortlaut des Art. 4 des Gesetzes vom 27. Oktober 1855 die Gemeinde namens der Grundeigentümer das Jagdrecht auf dem Gemeindebezirk durch Verpachtung ausübt und nach Art. 5 die Verpachtung für Rechnung der beteiligten Grundbesitzer geschieht, so handelt doch die Gemeindebehörde bei der Jagdverpachtung nicht in Vertretung der Grundbesitzer als Kontrahenten und es haben nicht diese darüber zu bestimmen, daß und wie weit auf der Gemeindemarkung die Selbstausübung der Jagd nicht Platz greifen, sondern die Verpachtung

stattfinden solle; sondern die Gemeindebehörde hat selbständig das Recht und die Verpflichtung, nach Maßgabe der vom Gesetz aufgestellten Voraussetzungen darüber zu beschließen, in wie weit die Grundeigentümer von der Selbstausübung der Jagd ausgeschlossen sind und daher die Verpachtung der Jagd auf der Gemeindemarkung für ihre Rechnung stattzufinden hat. Der Pächter Bauer leitet seine Jagdbefugnis lediglich aus dem mit der Gemeinde abgeschlossenen Pachtvertrage ab und es ist die Gemeinde, welche durch ihre den Besitz des Klägers mitumfassende Jagdverpachtung das eigene Jagdrecht des Klägers verneint hat und dasselbe mit der Behauptung, daß der mit Bauer abgeschlossene Pachtvertrag auch dem Kläger gegenüber in Wirksamkeit bleibe, jetzt noch bestreitet.

2. Die Beklagte macht sodann geltend, der Kläger habe keinen zusammenhängenden Grundbesitz von über 50 Morgen. Allein dies ist nicht richtig. Es ist nicht beanstandet, daß der Feldweg Nr. 12 sowie die von dem Kläger erworbenen Abschnitte der Parzellen $\frac{151}{2}$ und 152 auf Schmerbacher Markung im Privateigentum des Klägers stehen. Aus dem von dem Kläger vorgelegten, von dem Oberamtsgeometer Hahn von Weikersheim gefertigten Plan, gegen welchen ein Einwand nicht erhoben ist, ergiebt sich aber auch, daß die Flächen der dem Kläger gehörenden Parzellen Nr. 130, 132 Oberrimbacher Markung, des Feldwegs Nr. 12, der Abschnitte von Parzelle 152 und $\frac{151}{2}$ Schmerbacher Markung, der Parzelle 133 Oberrimbacher Markung zusammenhängen und daß damit auch der Zusammenhang der weiteren Parzellen Nr. 119, 122, 134, 126 einerseits und der Parzellen 136, 144 und 145 .... andererseits vermittelt wird, welche Grundflächen zusammen mehr als 50 Morgen im Meß halten. Es fragt sich daher nur, ob der Zusammenhang, soweit er durch den Feldweg Nr. 12 hergestellt wird, den Anforderungen des Gesetzes entspricht. Dies bestreitet die Beklagte: zur Entscheidung darüber, ob Grundstücke eine zusammenhängende Grundfläche im Sinne des Jagdgesetzes bilden, müssen die Wege, Bäche, Flüsse u. s. w. herausgedacht werden, was sich aus Art. 2 Ziff. 1 des Gesetzes ergeben soll. Allein diese Behauptung ist

in dieser Allgemeinheit nicht richtig; denn der Art. 2 Ziff. 1 spricht überhaupt nur davon, daß Wege den Zusammenhang nicht unterbrechen, es ist aber daselbst nicht die Rede von der Vermittlung des Zusammenhangs. Die Bestimmung, daß Wege als den Zusammenhang nicht unterbrechend angesehen werden sollen, ist eine Ausnahme von den sonstigen Grundsätzen des Gesetzes und sie kann daher bei der Frage der Vermittlung des Zusammenhangs nicht entsprechend angewendet werden. Die Bedeutung des Art. 2 Ziff. 1 ist folgende: Das Recht der Jagdausübung entspringt aus dem Grundeigentum. Es darf jedoch der Grundbesitzer die Jagd selbst nur ausüben, wenn er einen zusammenhängenden Besitz von über 50 Morgen hat. Hat demgemäß Jemand einen Grundbesitz von über 50 Mrg., es schiebt sich aber ein Grundstück eines Andern dazwischen, so daß keine 50 Morgen zusammenhängen, so soll der Grundbesitzer nicht jagdberechtigt sein. Dies soll jedoch wiederum nicht gelten, wenn Wege, Flüsse, Bäche den Zusammenhang unterbrechen würden, weil sie nicht in dem Eigentum des angrenzenden Grundeigentümers stehen. Hieraus ergiebt sich, daß hier nur von solchen Wegen die Rede ist, welche in dem Eigentum eines Andern als des Anliegers, sei es des Staats, der Gemeinde oder eines dritten Besitzers stehen. Befindet sich der Weg im Eigentum des anliegenden Grundbesitzers, so unterbricht derselbe schon nach den Grundsätzen des Gesetzes den Zusammenhang nicht. Hieraus aber geht für die Frage der Vermittlung des Zusammenhangs folgendes hervor: Ein Weg als solcher vermittelt den Zusammenhang zweier sonst nicht zusammenhängender Grundstücke noch nicht. Es wäre unrichtig, den Zusammenhang als hergestellt anzusehen, weil der Besitzer zweier Grundstücke von dem einen zu dem andern auf einem Weg gelangen kann. Sonst könnten oft die entferntesten an eine Staatsstraße angrenzenden Grundstücke als zusammenhängend angesehen werden. Dagegen wird allerdings der Zusammenhang vermittelt, wenn der Weg im Privateigentum des angrenzenden Grundbesitzers sich befindet, denn dann hängen eben die Grundflächen zusammen, es ist ein zusammenhängender Grundbesitz

vorhanden, wie ihn das Gesetz verlangt, und es besteht keine Bestimmung, daß dieser Zusammenhang als nicht vorhanden gelten soll, weil eine der zusammenhängenden Grundflächen als Weg benützt wird. Da, wie angeführt, der Feldweg Nr. 12 im Eigentum des Klägers steht, so ist er auch geeignet, den Zusammenhang der anstoßenden, dem Kläger gehörenden Grundstücke herzustellen. Daß der Weg nicht angebaut werden dürfe, wie der Anwalt der Beklagten behauptet, geht aus dem Schreiben des Schultheißenamts Oberrimbach an Ersteren nicht hervor. Es ist hier nur gesagt, er *sei* nicht angebaut. Darauf aber, ob die fragliche Fläche eingebaut, oder als Weg mit Steinen beschüttet ist, wie diese Fläche vom Eigentümer benützt wird, kommt nichts an.

3. Zu verwerfen ist auch der weitere Einwand der Beklagten, der Kläger sei erst nach Ablauf der dermaligen Jagdperiode am 1. April 1898 berechtigt, die Jagd auf seinem Grundbesitz auszuüben.

Art. 2 Ziff. 1 des Gesetzes vom 27. Oktober 1855 bestimmt ohne jede Zeitbeschränkung, daß die Jagdausübung durch den Grundeigentümer zulässig sei auf einem zusammenhängenden Grundbesitz von mehr als 50 Morgen. Das Jagdrecht ruht auf dem Grundbesitz. Nur wenn die Voraussetzungen der Art. 2 und 3 nicht vorhanden sind, tritt das Recht der Gemeinde ein. Es muß also davon ausgegangen werden, daß das Recht der Gemeinde, die Jagd auf der Gemeindemarkung durch Verpachtung auszuüben, schon zur Zeit des Abschlusses des Pachtvertrages ein durch die Bestimmung des Art. 2 des Jagdgesetzes beschränktes gewesen sei und daß die Verpachtung für eine bestimmte Zeit nur unter der stillschweigenden Voraussetzung stattfinden konnte, daß nicht im Laufe der Jagdpachtperiode einzelne Grundstücke der Gemeinde-Markung unter die Bestimmung des Art. 2 fallen. Mit dem Eintritt dieses Falles erlosch das Recht der Gemeinde kraft gesetzlicher Vorschrift von selbst und damit auch das Recht des Pächters gegenüber von dem Kläger. Hieran würde auch nichts dadurch geändert, wenn etwa anzunehmen wäre, daß die politische Gemeinde als gesetzliche Stellvertreterin

der Grundbesitzer die Jagd auf den Grundstücken derselben verpachte; denn auch in diesem Fall hätte die Gemeinde die Jagd auf den einzelnen Grundstücken nur unter der selbstverständlichen aus dem Gesetz sich ergebenden Bedingung verpachten können, daß nicht im Laufe der Pachtzeit der Fall eintrete, daß ein Grundbesitzer einen zusammenhängenden Grundbesitz von mehr als 50 Morgen erwerbe. Bei einer andern Auslegung des Gesetzes hätte es die Gemeinde in der Hand, durch lange Pachtperioden das eigene Recht des Grundeigentümers auf lange Zeit auszuschließen.

Gegen die Entscheidung des vorigen Richters, daß dem Kläger das eigene Jagdrecht von der Rechtskraft des Urteils an zustehe, ist von diesem eine Beschwerde nicht erhoben.

II. Auch die Berufung des Klägers ist zurückzuweisen. Derselbe erhebt Berufung gegen das erstrichterliche Urteil, weil er mit seinem Anspruch auf eigene Jagdausübung auf seinen weiteren Grundstücken Parzellen Nr. 29, 30, 124, 140 der Oberrimbacher Markung abgewiesen worden sei. Er gründet seine Berufung darauf, daß Parzelle 29 und 30 mit Parzelle 136, Parzelle 124 mit 126, und 140 mit 136 in der Weise zusammenhängen, daß sie je mit einer Ecke scheitelwinkelartig zusammenstoßen. Allein hiemit ist nicht ein Zusammenhang gegeben, wie ihn das Gesetz erfordert. Art. 2 des Gesetzes verlangt einen zusammenhängenden G r u n d b e s i t z. Mit dem Begriff des Grundbesitzes ist von selbst schon der Begriff einer Fläche gegeben. So gebraucht auch Art. 3 des Gesetzes den Ausdruck Grundfläche als gleichbedeutend mit dem Ausdruck Grundbesitz. Demgemäß muß die Grundfläche zusammenhängen. Wäre anzunehmen, daß die mit einer Ecke zusammenstoßenden Parzellen 124 und 126 einen zusammenhängenden Grundbesitz bilden, so müßte dasselbe auch hinsichtlich der sich dazwischen schiebenden, dem Kläger nicht gehörenden Parzellen 123 und 125 der Fall sein, denn diese stoßen ebenfalls scheitelwinkelartig zusammen. Es ist aber geometrisch unmöglich, daß beide Paare der scheitelwinkelartig zusammenstoßenden Grundstücke je unter sich als Flächen an einander grenzen, vielmehr berühren sie sich nur in einem mathematischen Punkt, der keine

Ausdehnung hat, und hiemit wird nach dem Sinne des Gesetzes ein zusammenhängender Grundbesitz nicht hergestellt. Anders verhält es sich auch nicht bei den Parzellen 29 und 30; denn der Weg, auf welchen sich der Kläger beruft, ist ein unständiger, nichtausgesteinter Weg, dessen Grundfläche zu den dort zusammenstoßenden Grundstücken gehört. Durch das bloße Recht, über ein Grundstück zu gehen oder zu fahren, wird aber ein Zusammenhang zweier nicht aneinander liegender Grundstücke, wie oben ausgeführt, nicht vermittelt.

Urteil vom 12. Juni 1895 in der Berufungssache zwischen dem Gutsbesitzer Michael Baßmann von Oberrimbach und der Gemeinde Oberrimbach.

18.

Zu Art. 28 der Bauordnung (Abstand der Hintergebäude).

Der Fabrikant F. K. hat im Jahre 1892 in Cannstatt ein in seinem vordern Teil zweistockiges Fabrikgebäude auf der Parzelle Nr. 3557 erbaut, die er von dem Bauunternehmer F. G., Eigentümer der Parzelle Nr. 3556 und des Wohnhauses Nr. 36 an der Bismarckstraße, gekauft hat.

Das von den bürgerlichen Kollegien der Stadt Cannstatt beschlossene, von dem Kgl. Ministerium des Innern am 6. Juni 1888 genehmigte Ortsbaustatut enthält zu Art. 28 Abs. 4 der Bauordnung in § 54 über den Abstand der Hintergebäude folgende in ihrer Fassung großenteils mit dem Inhalt des Stuttgarter Ortsbaustatuts von 1874 übereinstimmende Vorschriften:

> Hintergebäude, welche eine Höhe von nicht mehr als 4 m einschließlich des Daches erhalten, müssen von den vor denselben liegenden Gebäuden mindestens 3 m entfernt bleiben. Bei Hintergebäuden mit einer Höhe von mehr als 4 m bis zu 6 m muß diese Entfernung mindestens 4 m, bei Hintergebäuden von 6 bis zu 8 m mindestens 5 m, bei solchen von mehr als 8 m Höhe mindestens 6 m betragen.

Ein Abstand von mindestens 6 m ist ohne Rücksicht auf

die Höhe der Hintergebäude auch dann einzuhalten, wenn ihre Grundfläche — wie dies bei dem Fabrikhintergebäude des Beschwerdeführers der Fall ist — mehr als 100 ☐m beträgt.

Mit den Nebenseiten und der Rückseite dürfen die Hintergebäude unter Einhaltung der allgemeinen Vorschriften über die Konstruktion der Bauten auf die Eigentumsgrenze gestellt werden. Jedoch dürfen Fenster- oder Thüröffnungen, abgesehen von Dachfenstern, welche nicht über die Dachfläche vorstehen, feuersichere Rahmen haben und mit doppelt starkem Glas verglast sind, an den betreffenden Seiten in der Regel nur dann angebracht werden, wenn letztere mindestens 2,3 m von der Nachbargrenze entfernt sind, oder wenn die Einhaltung eines solchen Abstands zwischen denselben und einem bestehenden oder später zu errichtenden Gebäude auf dem Nachbargrundstück durch Privatübereinkunft gesichert ist.

Wo die Erhaltung der für Feuerlöschzwecke erforderlichen Zugänglichkeit bestehender Gebäude oder die Sicherung eines genügenden Luft- und Lichtzutritts zu denselben es erheischt, kann ausnahmsweise von der Baupolizeibehörde verlangt werden, daß die Rück- oder eine Nebenseite eines neu zu errichtenden Hintergebäudes, auch wenn keine Oeffnungen in denselben angebracht werden, bis zu 2,3 m von der Nachbargrenze oder von anderen Gebäuden desselben Grundstücks abgerückt wird. In den Fällen von Abs. 3 und 4 kann jedoch insoweit eine Ausnahme zugelassen werden, als durch Privatübereinkunft der beteiligten Nachbarn eine gegen Wiederabänderung gesicherte Vereinbarung darüber getroffen wird, daß ein gemeinschaftlicher Abstand von mindestens 2,3 m geschaffen werde.

In den Kaufvertrag zwischen G. und K. vom 12. August 1892 wurde die Bestimmung aufgenommen: „Verkäufer und Käufer sind übereingekommen und verpflichten sich für sich und ihre Rechtsnachfolger den gesetzlichen Abstand von 2,3 m an der südlichen Grenze der Gartenparzelle Nr. 3556 gleich zu teilen, so daß jeder 1,15 m von der Grenze entfernt bauen und Fenster gegen dieselbe anbringen darf". Vor der Bauschau zu Cannstatt

erklärte G. am 12. September 1892: er habe gegen die Erstellung des Gebäudes nichts einzuwenden; was den Abstand von nur 1,5 m von seiner Eigentumsgrenze (K. hat mit dem Bau einen solchen von 1,5 m, nicht bloß 1,15 m eingehalten) anbelange, so sei nach Maßgabe des Art. 38 der Bauordnung durch Nachbarübereinkunft Sicherheit dafür gegeben, daß die in § 54 des Ortsbaustatuts vorgeschriebenen Abstände eingehalten werden; mit entsprechendem Eintrage in das Güterbuch zu Lasten seines Grundstücks Parzelle 3556 sei er einverstanden. Die Bauschau befürwortete die Genehmigung des Bauwesens, wobei sie unter anderem bemerkte, daß zwar nach § 53 des Ortsbaustatuts Hintergebäude in der Regel nicht früher als Vordergebäude gebaut werden dürfen, in diesem Falle aber, da das Gebäude zum größeren Teil hinter das bestehende Vordergebäude Nr. 36 der Bismarckstraße zu stehen komme und die erforderlichen Größenverhältnisse des Fabrikgebäudes die Erstellung an der Straße nicht ermöglichen, eine Ausnahme zuzulassen sei. Am 15. September 1892 erteilte der Gemeinderat die Bauerlaubnis mit der Anordnung, daß die zwischen dem Baulustigen und G. getroffene Vereinbarung betreffs der Verteilung der in § 54 Abs. 1, 2 des Ortsbaustatuts vorgeschriebenen Gebäudeabstands in den öffentlichen Büchern zu vermerken sei. Im Servitutenbuch lautet der Eintrag: „die südliche Seite der dienenden Parzelle Nr. 3556 gegen Parzelle Nr. 3557 darf von der Grenze aus gemessen in einer Entfernung von 1,15 m nicht überbaut werden. Ebenso darf auch die angrenzende Parzelle Nr. 3557 auf der Seite gegen Parzelle Nr. 3556 in der Breite von 1,15 m nicht überbaut werden, um den gesetzlichen Abstand von 2,3 m zwischen beiden Parzellen zu sichern".

Gegen den Plan K.'s, den zweistockigen vorderen Teil des Fabrikgebäudes um ein Stockwerk bis zu 12 m zu erhöhen, hat der nunmehrige Eigentümer des Hauses Nr. 36 und der Gartenparzelle Nr. 3556 H. M. Einsprache erhoben, welche der Gemeinderat, indem er am 20. September 1894 die Bauerlaubnis erteilte, gemäß Art. 88 Abs. 2 der Bauordnung zur civilrichterlichen Entscheidung verwiesen hat. Der von M. ergriffene Rekurs

wurde von dem K. Oberamt Cannstatt am 12. Oktober 1894 verworfen, dagegen hat auf den von M. weiter eingelegten Rekurs das K. Ministerium des Innern durch Entscheidung vom 23. November 1894 die Verfügung des Oberamts wie des Gemeinderats als gegen die Bestimmungen des § 54 Abs. 1 des Ortsbaustatuts und des Art. 28 der Bauordnung, beziehungsweise des § 23 der Vollziehungsverfügung zur Bauordnung verstoßend, außer Wirkung gesetzt.

Die hiegegen von K. erhobene Rechtsbeschwerde ist von dem Verwaltungsgerichtshof durch Urteil vom 4. März 1895 aus nachstehenden Gründen abgewiesen worden:

Die Ministerialentscheidung geht davon aus, daß, als dem Beschwerdeführer am 15. September 1892 vom Gemeinderat die Erlaubnis zur Aufführung des Fabrikgebäudes erteilt wurde, übersehen worden sei, daß bei der von dem Beschwerdeführer mit G. über den gemeinschaftlichen Abstand von 2,30 m getroffenen Uebereinkunft G. und sein Rechtsnachfolger nicht gehindert werden konnte, mit einem hinter dem Gebäude Nr. 36 auf der Parzelle Nr. 3556 zu erstellenden Hintergebäude unter Einhaltung der allgemeinen Vorschriften über die Konstruktion der Bauten nach § 54 Abs. 3 des Ortsbaustatuts bis zu einem Abstand von 1,15 m von der Grenze zu bauen, und daß deshalb, um den in § 54 Abs. 1 des Ortsbaustatuts vorgeschriebenen Abstand von 6 m für alle Zeiten zu sichern, dem Beschwerdeführer K. hätte vorgeschrieben werden sollen, daß er mit seinem ebenfalls ein Hintergebäude zu der Bismarckstraße bildenden Fabrikneubau von der G.'schen Eigentumsgrenze einen Abstand von 6 m — 1,15 m, also 4,85 m einzuhalten habe. Hievon ausgehend kommt die Ministerialentscheidung zu dem Ergebnisse, daß, wenn jetzt M. gegen eine Erhöhung des vorschriftswidriger Weise zu Stande gekommenen Bauwesens und Verschlechterung des vorschriftswidrigen Zustands, die mit der Erhöhung eintreten würde, Einsprache erhebe, er hiemit nur von einem ihm zustehenden Rechte Gebrauch mache. Die Ausführung des Beschwerdeführers, daß diese Entscheidung rechtlich nicht begründet und er hiedurch in einem ihm zustehenden Recht verletzt sei, ist hinfällig.

Die Vorschriften in Art. 28 der Bauordnung verfolgen in erster Linie den Zweck, in Brandfällen die sachgemäße Entfaltung der Feuerlösch- und Rettungsanstalten zu ermöglichen, wollen aber zugleich im Interesse der Gesundheitspolizei einer allzuweit gehenden Verbauung des Licht- und Luftzutritts zu den dem Aufenthalt von Menschen dienenden Gebäuden vorbeugen; die Verfolgung beider Zwecke ist insbesondere die Aufgabe der auf Grund des Abs. 4 ergehenden ortsstatutarischen Vorschriften über die Hintergebäude. In klarer und deutlicher Weise regelt der § 54 des Cannstatter Ortsbaustatuts den Fall, wenn der Eigentümer eines Vordergebäudes auf dem ihm gehörigen Grund und Boden ein Hintergebäude, beziehungsweise hinter einem ihm gehörigen Hintergebäude ein weiteres Hintergebäude erstellen will. Für diesen Fall ist klar und deutlich vorgeschrieben, daß er mit dem mehr als 8 m hohen oder mehr als 100 □m Grundfläche einnehmenden Hintergebäude einen Abstand von mindestens 6 m von dem davor liegenden Gebäude einhalten muß, daß er dagegen mit den Nebenseiten und der Rückseite das Hintergebäude an die Eigentumsgrenze stellen kann, vorausgesetzt daß nicht nach Abs. 3—5 eine Verpflichtung zur Abstandhaltung Platz greift. Selbstverständlich ist hiemit der Inhalt der über den Abstand der Hintergebäude auf Grund des Art. 28 Abs. 4 der Bauordnung ergangenen ortsstatutarischen Vorschriften nicht erschöpft. Daraus, daß für den Fall, daß das Vordergebäude und das Hintergebäude nicht auf ein und dasselbe Grundstück zu stehen kommen, über die Abstandhaltung mit dem Hintergebäude von der Eigentumsgrenze eine ausdrückliche Bestimmung nicht getroffen ist, läßt sich nicht ableiten, daß der Erbauer des Hintergebäudes, während er die Befugnis, dasselbe mit den Nebenseiten und der Rückseite an die Eigentumsgrenze zu stellen, nach Beschaffenheit der Umstände ausnützt, mit der Vorderseite lediglich den von dem Hausgrund des Vordergebäudes zu messenden Abstand des Abs. 1, beziehungsweise Abs. 2 des § 54 einzuhalten habe. Der Erbauer des Hintergebäudes befände sich bei dieser Auslegung, da der Abs. 3 des § 54 nur von den an den Nebenseiten oder der Rückseite anzubringenden

Fenster- und Thüröffnungen spricht, in der günstigen Lage, gleichwie mit der Rückseite des Hintergebäudes auch mit dessen Vorderseite, feuersichere Konstruktion (Art. 37, 38 der Bauordnung) derselben vorausgesetzt, selbst diesen Abstand des Abs. 3 von 2,3 m von der Eigentumsgrenze nicht einzuhalten, sondern diese Vorderseite, wofern nur gegenüber dem Vordergebäude des Nachbars der Abstand des Abs. 1, bezw. Abs. 2 vorhanden ist, an die Eigentumsgrenze zu setzen; für den Fall aber, daß ein Vordergebäude noch nicht erstellt ist und ausnahmsweise in Anwendung des § 53 des Ortsbaustatuts über frühere Errichtung eines Hintergebäudes zu befinden ist (wie es bei der Errichtung des Fabrikgebäudes des Beschwerdeführers im Jahre 1892 hinsichtlich eines Teils desselben der Fall gewesen ist), enthielte das Statut für die Bemessung des mit der Vorderseite des Hintergebäudes einzuhaltenden Abstands keine Handhabe. Eine der Billigkeit entsprechende gleichmäßige Berücksichtigung der beiderseitigen Vermögensinteressen der beteiligten Nachbareigentümer ist nur möglich, wenn die Abstandhaltung mit der Vorderseite des Hintergebäudes mangels einer vertragsmäßigen anderweitigen Festsetzung von der Eigentumsgrenze an gemessen wird, und es läßt sich nicht als in der Absicht des von den bürgerlichen Kollegien mit Genehmigung des K. Ministeriums des Innern erlassenen Ortsbaustatuts gelegen erachten, mit der Einräumung, daß die Priorität der Erstellung des Hintergebäudes einen Vorteil in der Ausnützung des Eigentums verschaffe, zu einem Wetteifer der Nachbarn in eiliger Bebauung der Innenflächen der Bauquartiere zum Nachteil der gesundheitlichen Verhältnisse der Stadt und zum Nachteil der Annehmlichkeit ihrer Bewohner den Anlaß zu geben. Es ist denn auch für die Einhaltung der in § 47 ff. des Ortsbaustatuts normierten Abstände zwischen den Vordergebäuden einer und derselben Straßenseite die Priorität der Erbauung ohne Einfluß und ebenso in den Art. 37 Abs. 1 und 38 der Bauordnung ein Vorteil der Priorität nicht anerkannt. Der Verwaltungsgerichtshof tritt daher der Annahme des K. Ministeriums des Innern bei, daß dem Beschwerdeführer, als er im Jahre 1892 sein Fabrikgebäude

errichtete, hätte vorgeschrieben werden sollen, daß er mit der Vorderseite desselben einen Abstand von 4,85 m von der Eigentumsgrenze einzuhalten habe.

Ob, wie der Beschwerdeführer mit Bezugnahme auf Art. 88 Abs. 1 der Bauordnung vorbringt, mit der damals erfolgten Genehmigung seines Bauwesens die Stellung desselben unanfechtbar geworden ist, steht nicht zur Entscheidung, sofern von der obersten Baupolizeibehörde eine Aenderung des damals erstellten Bauwesens dem Beschwerdeführer nicht angesonnen ist. Aus diesem Verbleiben des vorschriftswidrig entstandenen Bauwesens folgt jedoch nicht, daß die Entscheidung des K. Ministeriums des Innern, sofern sie dem Beschwerdeführer die Genehmigung zu der geplanten Erhöhung seines Fabrikgebäudes wegen Verschlechterung des vorhandenen vorschriftswidrigen Zustands versagte, rechtlich nicht begründet sei.

Zwar tritt der Verwaltungsgerichtshof dem nicht der Einsprache des M. entnommenen, sondern von dem K. Ministerium von Amtswegen aufgestellten Entscheidungsgrunde nicht bei, daß das Fabrikanwesen des Beschwerdeführers gegen Art. 28 der Bauordnung, beziehungsweise § 23 der Vollziehungsverfügung insofern verstoße, als durch den Vertrag mit G. nur dafür, daß ein 2,3 m breiter Streifen auf der Vorderseite des Fabrikgebäudes unüberbaut bleibe, Vorsorge getroffen, nicht aber zugleich für die Zugänglichkeit der Vorderseite des Baus durch Auferlegung einer Verpflichtung, den zur Parzelle Nr. 3556 gehörenden Teil dieses Streifens unverstellt und für die Zugänglichkeit mit Feuerlöschgerätschaften offen zu erhalten, gesorgt sei. Nach der Ansicht des Verwaltungsgerichtshofs haben damals die Vertragschließenden sich über die gemeinschaftliche Herstellung des Abstands von 2,3 m in der Absicht geeinigt, einer auch im Interesse der Zugänglichkeit für Feuerlöschzwecke bestehenden Vorschrift des Ortsbaustatuts (wobei sie in der Abstandsbemessung irrten) Genüge zu leisten, womit es übereinstimmt, daß der gemeinderätliche Beschluß vom 15. September 1892 die Vereinbarung als eine solche über die Verteilung des in § 54 Abs. 1, 2 vorgeschriebenen Gebäudeabstands bezeichnet.

War aber die Vereinbarung in dieser allgemeineren Weise auf die beiderseitige Abstandhaltung von der Grenze gerichtet, so kann, wie schon jetzt, so auch künftig, die Polizeibehörde, wenn der gemeinsam geschaffene Abstandsraum in einer mit dem feuerpolizeilichen Interesse unvereinbaren Weise benützt werden will, dieser Benützungsweise entgegentreten, ohne daß es der Eingehung einer die Nichtverstellbarkeit des Zwischenraums ausdrücklich auferlegenden Verpflichtung seitens des Nachbareigentümers bedurfte. Es wird daher auch bei der Unterstellung, daß künftig auf dem Nachbargrundstücke des M. ein Hintergebäude bis auf 1,15 m an die Grenze gerückt wird, in der in Rede stehenden besonderen Beziehung eine Verschlechterung des bestehenden vorschriftswidrigen Zustands durch den Aufbau des geplanten Stockwerks auf dem Fabrikgebäude des Beschwerdeführers nicht verursacht. Dagegen läßt sich bei der Unterstellung, daß künftig auf dem Nachbargrundstück des M. ein Hintergebäude bis auf 1,15 m an die Grenze gerückt wird, nicht in Abrede stellen, daß durch die geplante Erhöhung des vorschriftswidrig zu Stande gekommenen Bauwesens des Beschwerdeführers in anderer Weise eine Verschlechterung des vorschriftswidrigen Zustands herbeigeführt wird, da immerhin bei einem Brandfall die wirksame Entfaltung der Feuerlösch- und Rettungsanstalten in dem engen Raum von 2,65 m zwischen höheren Gebäuden einigermaßen schwieriger wird, insbesondere aber dem künftigen Gebäude des M. der Zutritt von Licht und Luft mehr, als wenn es bei der bisherigen Höhe des Fabrikbaus des Beschwerdeführers verbleibt, entzogen wird. Der Beschwerdeführer hat somit, mag die Verschlechterung des bestehenden Zustands mehr oder minder von Belang sein, nicht dargethan, daß die Entscheidung des K. Ministeriums des Innern rechtlich nicht begründet sei, und es ist daher der Beschwerdeführer, der mit der Ausführung der geplanten Erhöhung auf seine Gefahr vorgegangen ist, mit der erhobenen Rechtsbeschwerde abzuweisen.

Urteil vom 4. März 1895 in der Rechtsbeschwerdesache des Fabrikanten F. K. von Cannstatt.

19.

Unstatthaftigkeit der Rechtsbeschwerde gegen einen auf Grund der Gewerbeordnung ergangenen Rekursbescheid der Kreisregierung, wodurch die Erlaubnis zur Verlegung des persönlichen Schankwirtschaftsrechts versagt wurde[1].

Der Wirt Wilhelm L. ist von dem K. Oberamt Heilbronn durch Bescheid vom 21. Februar 1895 mit seinem Gesuche um Erlaubnis zur Verlegung des ihm zustehenden persönlichen Schankwirtschaftsrechts von dem Hause Nr. 5/7 „im Hefenweiler" in Heilbronn in seinen Neubau Nr. 111 der Wollhausstraße daselbst abgewiesen worden und den von ihm eingelegten Rekurs hat die K. Kreisregierung in Ludwigsburg durch Bescheid vom 19. April als unbegründet verworfen. Gegen diese am 3. Mai ihm eröffnete Entscheidung hat L. am 31. Mai Rechtsbeschwerde an den Verwaltungsgerichtshof unter der Behauptung erhoben, daß die Verfügung der K. Kreisregierung rechtlich nicht begründet und er hiedurch in einem ihm zustehenden Rechte verletzt sei.

Die Rechtsbeschwerde ist von dem Verwaltungsgerichtshof durch Urteil vom 3. Juli 1895 mit nachstehender

Begründung

als unstatthaft zurückgewiesen worden:

Dem Beschwerdeführer ist nicht nach Maßgabe des § 53 der Gewerbeordnung die Berechtigung zum Wirtschaftsbetriebe durch eine erstinstanzliche Verfügung der K. Kreisregierung entzogen und es ist daher die Bestimmung des Art. 14 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 über die Ver-

1) Die Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde gegen eine Entscheidung des K. Ministeriums des Innern, wodurch in Anwendung des Art. 19 Abs. 2 des Allgemeinen Sportelgesetzes (Art. 12 Abs. 2 des Gesetzes vom 3. November 1855) die nachgesuchte Verlängerung der Frist für das Erlöschen der dinglichen Wirtschaftsgerechtigkeit versagt wurde, hat der Verwaltungsgerichtshof in einem Urteil vom 22. Mai 1895 anerkannt. Dasselbe ist im Amtsblatt des Kgl. Ministeriums des Innern, Jahrg. 1895, S. 341 abgedruckt.

waltungsrechtspflege auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar; es wäre auch die nach Art. 60 Abs. 1 des Gesetzes ausnahmsweise nur vierzehn Tage betragende Frist zur Einlegung des Rechtsmittels versäumt. Vielmehr findet auf den vorliegenden Fall, in dem nach § 12 Abs. 1 der Vollzugsverfügung vom 9. November 1883 das Oberamt in erster Instanz zu entscheiden hatte, der § 40 Abs. 2 der Gewerbeordnung Anwendung und gegen den ergangenen Rekursbescheid ist die Rechtsbeschwerde an den Verwaltungsgerichtshof, wie derselbe wiederholt entschieden hat [1]), nicht statthaft. Falls auch der § 20 der Gewerbeordnung der Zulässigkeit des weiteren Rechtsmittels nicht entgegenstünde [2]), war es jedenfalls bei der Erlassung des Gesetzes vom 16. Dezember 1876, wie aus Art. 10 Ziff. 24 und den Materialien zu diesem Artikel und dem Art. 14 des Gesetzes hervorgeht [3]), die Ansicht und die Absicht der gesetzgebenden Faktoren, daß die Rechtsbeschwerde gegen die Rekursentscheidung nicht Platz greife. Hiebei wird bemerkt, daß hiemit im Wesentlichen das badische Gesetz vom 14. Juni 1884 über die Verwaltungsrechtspflege in § 4 Abs. 4 Ziff. 3 übereinstimmt und daß auch nach § 114 Abs. 4 des preußischen Gesetzes vom 1. August 1883 über die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichtsbehörden die über Anträge auf Erteilung der Erlaubnis zum Betrieb der Gast- und Schankwirtschaft in zweiter Instanz ergangenen Entscheidungen endgiltig sind.

Urteil vom 3. Juli 1895 in der Rechtsbeschwerdesache des Wirts Wilhelm L. in Heilbronn.

1) Vgl. in Betreff konzessionspflichtiger Anlagen. Amtsblatt des K. Ministeriums des Innern von 1879 S. 342, von 1882 S. 323 f, von 1885 S. 332 f.

2) Vgl. v. Schicker, Gewerbeordnung. 3. Aufl. zu § 20 Note 1.

3) Hohl, Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege. S. 52, 57, 141, 146; vgl. auch Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten 1870/74. I. Beil.-Band 4. Abt. S. 2111 f. und IX. Prot.-Band S. 5290 f.

20.

Zu Nr. 32 Ziff. 1 des Tarifs des Allgemeinen Sportelgesetzes „Gesellschaftsverträge über die Errichtung einer auf Gewinn berechneten Aktiengesellschaft . . . .“

Rechtsbeschwerde nach Art. 5 Abs. 5 des Sp.-Ges. gegen den Sportelansatz.

Am 24. Januar 1894 ist unter der Firma „Logenhaus Reutlingen Aktiengesellschaft“ eine Aktiengesellschaft von unbestimmter Dauer mit dem Sitze in Reutlingen in das Handelsregister eingetragen und sodann ein Auszug aus dem Handelsregister von dem Amtsgericht Reutlingen dem dortigen Kameralamt gemäß § 1 der Ministerialverfügung vom 1. Oktober 1887 (Reg.Blatt S. 403) übergeben worden. Nach den von dem Kameralamt auf Veranlassung des K. Steuerkollegiums, Abteilung für direkte Steuern, eingezogenen Ermittlungen ist, als im Jahre 1886 die Freimaurerloge in Reutlingen gegründet wurde, von den Mitgliedern für die Zwecke der Loge ein Anwesen angekauft worden in der Hoffnung, daß der Loge gleichwie den beiden Logen in Stuttgart seitens der K. Regierung die Rechte der juristischen Person verliehen werden und sie dadurch in den Stand gesetzt werde, das Anwesen auf ihren Namen in die öffentlichen Bücher eintragen zu lassen und als Eigentümerin darüber verfügen zu können. Das Gesuch um Verleihung der juristischen Persönlichkeit wurde aber abgewiesen und es war die Loge genötigt, eines ihrer Mitglieder als Käufer auftreten und das Anwesen auf dessen Namen einschreiben zu lassen. Dieser Zustand konnte, wie der Vorstand der Aktiengesellschaft bemerkt hat, angesichts der durch Tod u. s. w. je und je bedingten, stets mit bedeutenden Kosten verbundenen Aenderungen nicht bestehen bleiben, und als es sich im Jahre 1892 um Erwerbung weiterer Realitäten und einen Umbau des Ganzen handelte, errichteten die Mitglieder der Loge die Aktiengesellschaft, um eine rechtliche Grundlage für die öffentlichen Bücher zu gewinnen. Die Aktiengesellschaft wurde durch Simultangründung errichtet.

Das Kameralamt Reutlingen hat 250 M. Sportel der Aktiengesellschaft auf Grund der Tarifnummer 32 Ziff. 1 des Allgemeinen Sportelgesetzes angesetzt und durch Beschluß vom 29. Oktober 1894 auf diesem Sportelansatze gegenüber der von dem Vorstand der Aktiengesellschaft erhobenen Vorstellung beharrt. Die sodann von dem Vorstand der Aktiengesellschaft erhobenen Beschwerden sind von dem K. Steuerkollegium am 17. November 1894 und von dem K. Finanzministerium am 28. Januar d. J. verworfen worden. Gegen die Entscheidung des K. Finanzministeriums hat der Vorstand der Aktiengesellschaft die in Art. 5 Abs. 5 des Sportelgesetzes zugelassene Rechtsbeschwerde an den Verwaltungsgerichtshof erhoben.

Durch Urteil vom 5. Juni 1895 hat der Verwaltungsgerichtshof die Entscheidung des K. Finanzministeriums außer Wirkung gesetzt mit der

Begründung:

Es kann dahin gestellt bleiben, ob das Handelsgesetzbuch Aktiengesellschaften kennt, die grundsätzlich und dauernd nicht auf die Erzielung eines Gewinns veranlagt sind; dagegen lassen sich anführen die zwingenden Bestimmungen über die kaufmännische Buchführung, die Aufstellung eines Inventars und einer Bilanz und einer Gewinn- und Verlustrechnung (Art. 5, 28 ff., 239, 239 b, 185 a Ziff. 6 des Handelsgesetzbuchs), über die Bildung eines Reservefonds (Art. 239 b, 185 b Ziff. 1) und über die Erhaltung des Gesellschaftsvermögens in Höhe des Grundkapitals (Art. 216 Abs. 2, 217), Bestimmungen, welche für alle Aktiengesellschaften gelten, auch für solche, die Aktien unter dem gesetzlichen Normalbetrage ausgeben dürfen (Art. 207 a Abs. 2 und 3) oder bei denen der Gegenstand des Unternehmens nicht in Handelsgeschäften besteht (Art. 208). Eine andere Frage ist, ob, wenn ein Reingewinn der Aktiengesellschaft erzielt wird, dieser den Aktionären zu gut kommt. Denn die Aktionäre haben, so lange die Aktiengesellschaft besteht, nur insoweit einen Anspruch auf den Reingewinn der Gesellschaft, als dieser nach dem Gesellschaftsvertrag zur Verteilung unter die Aktionäre bestimmt ist (Art. 216 Abs. 2); es kann also das Recht auf Dividenden-

bezug den Aktionären durch das — übrigens der Abänderung durch die Generalversammlung unterliegende — Statut entzogen sein.

Würde die Bestimmung in Nr. 32 Ziff. 1 des Tarifs zum Sportelgesetz so auszulegen sein, daß jede Aktiengesellschaft als auf Gewinn berechnet, d. h. auf Gewinn der Aktionäre berechnet [1]), zu gelten hätte, deren Statut nicht die Aktionäre von jedweder Anteilnahme an dem Gewinn, der gemäß dem Statut sich für die Aktiengesellschaft ergiebt, völlig ausschließt, so würde allerdings die erhobene Rechtsbeschwerde angesichts des § 26 des Statuts abzuweisen sein, wonach von dem nach der Bilanz sich ergebenden Jahresgewinn nach Abzug des dem Reservefonds zuzuführenden Betrags an die Aktien Lit. B eine Dividende bis zu 3 % zu verteilen ist. Die Bestimmung in Nr. 32 Ziff. 1 ist jedoch nicht in dieser Weise auszulegen und es ist auch für die Entscheidung über die Sportelpflichtigkeit nicht der Inhalt des Statuts ausschließlich maßgebend. Der Sportelansatz ist nicht schon darum geboten, weil von dem Einnahmeüberschuß der Aktiengesellschaft den Aktionären irgendwelcher noch so geringfügiger Ertrag oder Nutzen aus ihren in den Aktien verkörperten Anteilen an dem Vermögen der mit den Einzahlungen zum Grundkapital ins Leben gerufenen Aktiengesellschaft verbleibt. Der Wortlaut des Gesetzes „auf Gewinn berechnet" läßt sich für eine intensivere Absicht einer Vermögensvermehrung anführen. Nach den Motiven des Gesetzes sind die nicht auf Gewinn berechneten Unternehmungen von der von dem Gesellschaftsvertrag anzusetzenden Sportel freigelassen worden, weil die Verkehrssteuer die Absicht einer Gewinnerzielung voraussetze und die einen Gewinn nicht bezweckenden Unternehmungen überdies auch sonst zu begünstigen seien; diese beabsichtigte Begünstigung der einen Gewinn nicht bezweckenden Unternehmungen erhielte aber bei Unternehmungen, welche zu Erreichung ihrer Zwecke des Mittels der Konstituierung einer Aktiengesellschaft sich bedienen, nicht ihre volle praktische Bedeutung, wenn die Befreiung von der Abgabe mit jedwedem noch so geringfügigen den Aktionären zukommenden Ertrag oder Nutzen unverträglich wäre.

1) Zeyer und Schicker, Das Allgemeine Sportelgesetz. S. 104.

Die Worte „auf Gewinn berechnet“ sind auch nicht mit den Worten „eine Dividende gewährende“ gleichbedeutend, so daß die Ausbezahlung einer Dividende in Geld für sich allein das Entscheidende wäre. Es ist hienach die Frage, ob die Aktiengesellschaft auf Gewinn der Aktionäre berechnet ist, nach den Umständen des Falls mit Berücksichtigung des Zwecks und Geschäftsbetriebs der Gesellschaft und ihres Zusammenhangs mit einer andern Organisation, die sich etwa ihrer als Mittel bedient, und insbesondere mit Berücksichtigung des Maßes von Vermögensvorteil, welchen die Aktionäre genießen, zu beantworten. Es hat auch, ohne daß das Sportelgesetz zu Nr. 32 des Tarifs den Steuerbehörden eine Ermächtigung, den Sportelansatz nach ihrem Ermessen aus Billigkeitsgründen ausnahmsweise zu unterlassen, erteilt hat, das K. Steuerkollegium in den mit Genehmigung des K. Finanzministeriums ergangenen Erlassen vom 21. Oktober 1887 (Amtsbl. des Steuerkollegiums S. 452) und vom 1. August 1890 (Amtsbl. S. 145) in Bezug auf die Anwendung der die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften betreffenden gleichartigen Vorschrift in Ziff. 4 der Nr. 32 als Voraussetzung für die Ansetzung der Sportel bezeichnet, daß der ausgesprochene oder in der Natur des Geschäftsbetriebs gelegene Zweck der Genossenschaft die Erzielung eines Gewinns für die Genossenschafter sei; wobei in dem ersten Erlasse ausdrücklich beigefügt ist, daß dieselbe Auslegung für die Ziff. 1 gelte. Namentlich ist in dem zweiten Erlasse vom 1. August 1890 anerkannt, daß die durch den Verband landwirtschaftlicher Kreditgenossenschaften in Württemberg aufgestellten Musterstatuten in Folge der Einführung des Reichsgesetzes vom 1. Mai 1889 Aenderungen insbesondere insofern erlitten haben, als Geschäftsanteile, mit welchen die Vereinsmitglieder an dem Geschäftsgewinn teilnehmen, eingeführt worden sind (vgl. § 28 des Musterstatuts) und auch eine Verteilung des Vereinsvermögens unter die Mitglieder nach Auflösung des Vereins nicht ausgeschlossen ist; dennoch ist an der Freilassung von der Sportel mit Rücksicht darauf festgehalten, daß bezüglich des den Genossen zufließenden Gewinnanteils in den Musterstatuten solche beschränkende

Bestimmungen getroffen seien, daß die auf Grund der Musterstatuten errichteten Darlehenskassenvereine auch fernerhin nicht als auf Gewinn berechnete Genossenschaften anzusehen seien.

Im vorliegenden Falle sind nach der Darlegung des Vorstands der Aktiengesellschaft sämtliche gegenwärtige Mitglieder der Freimaurerloge „Glocke am Fuße der Alb" zugleich Aktionäre. Sämtliche Aktionäre sind auch Mitglieder der Loge und es kann überhaupt nur ein Mitglied der Loge Aktionär sein, was durch die gewählte von Anfang an auf einen beschränkten Personenkreis berechnete Form der Namensaktien und durch die Bestimmung des Statuts gesichert ist, daß die Namensaktien nur durch Cession und mit Genehmigung des Aufsichtsrats und der Generalversammlung auf einen andern übertragen werden können (Statut § 3; Handelsgesetzbuch Art. 207 a Abs. 3, 220, 182). Die Loge ist nicht in der Aktiengesellschaft aufgegangen, sie besteht neben ihr fort und zwar ist für die Mitglieder die Mitgliedschaft an der Loge die primäre und prinzipale, die Mitgliedschaft an der Aktiengesellschaft die sekundäre und untergeordnete. Die Loge, ein Privatverein, der notorisch keine Erwerbsgesellschaft ist, hat die Aktiengesellschaft ins Leben gerufen, weil sie ihrer eigenartigen Zwecke halber eigener Lokalitäten bedarf, und sie ins Leben rufen müssen, weil ein Privatverein mit wechselnder Mitgliederzahl nach württembergischem Recht Grundeigentum auf seinen Namen in die öffentlichen Bücher nicht eintragen lassen kann. Der Gegenstand des Unternehmens, Logenhaus und Einrichtungen, wenngleich Eigentum der Aktiengesellschaft, dienen ausschließlich den Zwecken der Loge. Die Loge ist es, die durch ihre Mitglieder als Aktionäre in Vorstand, Aufsichtsrat und Generalversammlung den Willen der Aktiengesellschaft bestimmt und bethätigt. Endlich ist es die Loge, die durch die Beiträge ihrer Mitglieder für die Loge auch der Aktiengesellschaft die Einnahme zuführt, die ihr die Erfüllung der ihr als solcher nach dem Statut obliegenden Pflichten ermöglicht und die lediglich in einer jährlichen Aversalsumme besteht, welche die Bestreitung des laufenden Aufwands für bauliche Unterhaltung des Logengebäudes, für Steuern und Verwaltungskosten, die Rücklage

für den Reservefonds und die Gewährung einer Dividende bis zu 3 % an die mit den Aktien Lit. B beteiligten Mitglieder umfaßt. Die Erzielung von Dividenden in veränderlicher Höhe, wie sie bei anderen Aktiengesellschaften durch Benützung der wechselnden Konjunkturen, nach der eingesetzten Thätigkeit und dem Erfolg möglich ist, ist bleibend ausgeschlossen. Wäre nicht wegen des Erwerbs des Logenhauses die Errichtung der Aktiengesellschaft notwendig gewesen, so hätte es sich einfach um die Hingabe von Darlehen an den Verein gegen eine Verzinsung des letzteren gehandelt. So aber durften für die Aktionäre Zinsen von bestimmter Höhe nicht bedungen und darf nur dasjenige unter sie verteilt werden, was sich nach der jährlichen Bilanz als reiner Gewinn berechnet. Demgemäß wird die Aversaleinnahme, welche die Loge der Aktiengesellschaft zur Bestreitung des laufenden Aufwands zuführt, durch Zuschlag eines weiteren Betrags so berechnet, daß die Aktiengesellschaft in ihrer Jahresbilanz auch noch ein Erträgnis aufweist, das neben einer Einlage in den gesetzlich vorgeschriebenen, zur Deckung eines aus der Bilanz sich ergebenden Verlusts bestimmten Reservefonds noch eine Verteilung bis zu 3 % an die Inhaber der Aktien Lit. B zuläßt, während die Aktie Lit. A vorerst nicht einmal hieran Teil nimmt. Der Zuschuß ist somit von Anfang an mit der Zweckbestimmung der Verzinsung der den Aktien Lit. B entsprechenden Darlehen verknüpft und wenn er in der Jahresbilanz als Gewinn der Aktiengesellschaft eingestellt wird, so ist das nur die Form in der sich die Verzinsung vollzieht; mit Rücksicht hierauf könnte sogar gesagt werden, daß, da die Aktiengesellschaft in dem Empfang der Zuwendung der Loge mit der Auflage der Verzinsung keinen Gewinn mache, auch für die Aktionäre kein Vermögenszuwachs vorhanden sei, den sie *von der Aktiengesellschaft* erhalten. Der Verwaltungsgerichtshof betrachtet indes diesen Gesichtspunkt nicht als den wirklich entscheidenden. Daß die Inhaber der Aktien Lit. B gemäß dem Statut von dem nach der genehmigten Bilanz sich ergebenden Jahresgewinn für die Einzahlungen zu dem Grundkapital der Aktiengesellschaft eine Vergütung bis zu 3 % erhalten, giebt

ihnen nicht mehr als eine mäßige Entschädigung für die Aufopferungen, die für die Loge mit der Hingabe der Kapitalien zur Beschaffung des Logenhauses gebracht wurden. Eine solche Verzinsung, die statutenmäßig nicht 3 % übersteigen kann und bei der vorhandenen Organisation auch nur mit der Bewilligung der Loge die 3 % erreicht und außer der die Aktionäre keine Vermögensvorteile von der bestehenden Aktiengesellschaft genießen, ist als Beteiligung an einer auf Gewinn der Mitglieder berechneten Aktiengesellschaft nicht anzuerkennen, vielmehr bleibt trotz dieser Verzinsung bei der Beteiligung an der Gesellschaft eine zum Voraus übernommene beständige Einbuße an leicht zu beschaffendem größerem Ertrage des Vermögens, das für die Gesellschaft verwendet wurde, vorherrschend und überwiegend.

Die bloße Möglichkeit endlich, daß in unbestimmter Zukunft nach der Auflösung der Aktiengesellschaft die Verteilung des Vermögens mangels einer Bestimmung des Statuts nach dem Gesetz unter die Aktionäre erfolgt und hiebei vielleicht ein Gewinn für die Aktionäre herauskommt, berechtigt nicht dazu, die Aktiengesellschaft, die bei ihrer Entstehung und während ihres Bestehens nicht auf Gewinn berechnet ist, als eine auf Gewinn berechnete zu behandeln; vgl. auch den oben angeführten Erlaß des K. Steuerkollegiums vom 1. August 1890.

Urteil vom 5. Juni 1895 in der Rechtsbeschwerdesache der Aktiengesellschaft Logenhaus Reutlingen.

III.

Abhandlungen.

VI. Zur Lehre vom decretum de alienando.

(Notariatsgesetz vom 14. Juni 1843, Art. 20 und 21; Gesetz zur Ausführung der R.C.P.O. vom 18. August 1875, Art. 15, Abs. 3).

Von

Rechtsanwalt Schefold in Ulm.

Der Art. 20, Abs. 3 des Notariatsgesetzes bestimmt, daß zur Genehmigung der Veräußerungen von Mündelgütern (decretum de alienando), wenn solche Veräußerungen bei einer unter waisengerichtlicher Leitung vorgehenden Erbschaftsteilung oder im Laufe derselben, sei es zwischen Miterben, oder zwischen Erben und Dritten geschehen, an Stelle des Gemeinderats die waisengerichtliche Deputation zuständig sein soll. — Diese Bestimmung ist nicht ganz klar: Sind unter Veräußerungen bei einer Erbschaftsteilung oder im Lauf derselben nur solche zu verstehen, welche im Vollzug der Nachlaßteilung begriffen sind, oder auch solche, welche nur bei Gelegenheit der Teilung vorgenommen werden? Sind Veräußerungen zwischen Erben und Dritten nur solche, die von seiten der Erben an Dritte, oder auch solche, die umgekehrt von Dritten an Erben geschehen? — Setzen wir, indem wir die Veräußerung eines Grundstücks zum Beispiel nehmen, folgende Fälle:

a) es wird ein im Nachlaß befindliches Grundstück unter die Miterben realiter verteilt,

b) es wird ein Nachlaßgrundstück an Miterben oder Dritte verkauft und der Erlös geteilt,

c) es soll ein Nachlaßgrundstück realiter geteilt werden;

die Teilung stößt auf Schwierigkeiten; nebenan liegt ein nicht zum Nachlaß gehöriges — im Eigentum eines minderjährigen Erben oder minderjährigen Dritten — befindliches Grundstück; die Erben erwerben dieses Grundstück, und die Teilung der vereinigten Grundstücke wird bequem und nützlich vollzogen. —

Trifft nun die Zuständigkeit der waisengerichtlichen Deputation zum decretum de alienando auch im Fall c zu, in welchem das anliegende, einem Minderjährigen gehörige Grundstück nicht zum Nachlaß gehört? Ist hier vielmehr noch die Genehmigung des Gemeinderats (Art. 20 Abs. 1 des Ges.) nachzusuchen?

Der Wortlaut des Gesetzes steht einer ausdehnenden Interpretation, also einer Ausdehnung der waisengerichtlichen Zuständigkeit auf Veräußerungen nichterbschaftlicher Gegenstände nicht im Weg. Für die Ausdehnung kann das Prinzip geltend gemacht werden, daß bei Geschäften, welche unter waisengerichtlicher Autorität vorgenommen werden, die waisengerichtliche Deputation berufen und berechtigt sein soll, den Gemeinderat zu vertreten und im Allgemeinen diejenige Prüfung von Rechtsgeschäften vorzunehmen, welche sonst andern Behörden obliegt [1]). Auch ist kein Grund zu erkennen, warum die Teilungsbehörde weniger geeignet sein sollte, über die zu c, als die zu a und b bestimmten Veräußerungsgeschäfte zu kognoscieren. Liest man den Art. 21 des Notariatsgesetzes, so scheint jeder Zweifel zu schwinden: Dieser Art. stellt die Veräußerung erbschaftlicher Gegenstände andern Veräußerungen gegenüber; er bestimmt: daß bei Veräußerungen der letztern Art die Zustimmung der Vormundschaftsbehörde in dem Fall notwendig sei, wenn ein fremder Minderjähriger beteiligt sei. Folgt hieraus nicht, daß umgekehrt immer dann die Kognition der Teilungsbehörde ausreicht, wenn ein fremder Minderjähriger nicht beteiligt ist? Und in der Thai lehrt v. Wächter in seinen Vorlesungen über württ. Privatrecht (ich habe ein Manuscript vom Jahrgang 1850/51 vor mir) § 37 wörtlich:

> Das Dekret (decretum de alienando) hat nicht der Civilrichter zu geben, sondern die Obervormundschaftsbehörde, also

1) Boscher, Zeitschrift. Bd. X Seite 131 unten.

der Gemeinderat; Zustimmung des Waisengerichts genügt, wenn bei einer unter seiner Leitung vorgenommenen Erbteilung die Veräußerung sei es unter Miterben, sei es unter Erben und Dritten geschieht, betreffe sie Erbschaftssachen oder Sachen, welche der Minderjährige schon vorher hatte, nur ist im letztern Fall dann, wenn die Teilungsbehörde nicht die des Wohnorts des Minderjährigen ist, Zustimmung des Gemeinderats des Wohnorts nötig.

So lehrt v. Wächter, welcher, wie wir nachher sehen werden, bei der Redaktion des Gesetzes, namentlich auch der Art. 20 und 21 sehr eingreifend mit thätig gewesen ist.

Genau wie v. Wächter: Römer, Vorlesungen über Württ. Privatrecht (Manuskript vom Jahr 1865) § 185, 4 b [1]).

Unberührt lassen die Frage: Kappler, Das Not.-Ges. § 85 S. 210. Mayer, Notariatswesen. S. 38 ff.

Dagegen bemerkt Lang, Personenrecht, 2. Aufl., § 101 S. 612, Note 7, Abs. 1, daß die Teilungsbehörde zur Genehmigung der Veräußerung von Mündelgütern nur zuständig sei, wenn es sich um erbschaftliche Gegenstände handle.

Konform hat vor einigen Jahren die I. Civilkammer des Landgerichts Ulm in Sachen Manz gegen Häberle, rest. in integrum betr. entschieden; die einschlägigen Sätze des Urteils gehen dahin: Vergleiche Minderjähriger bedürfen nach § 31 der revidierten Vorschriften für Pfleger vom 26. Juni 1843 vgl. mit Art. 15 Abs. 3 des Gesetzes vom 18. Aug. 1879 (Ausf.-Ges. zur C.P.O.) der Genehmigung durch die zuständige Behörde; diese Behörde sei nach § 2 der revidierten Vorschriften und Art. 16 Abs. 1 und Art. 18 des Notariatsgesetzes das Waisengericht (? s. unten); zwar sei im Art. 15 des angef. Ausführungsgesetzes auf Art. 20 des Notariatsgesetzes verwiesen, und es möchte hiernach scheinen, daß Vergleiche — qua Veräußerungsgeschäfte, wenn sie bei einer

1) Mandry in seinen Vorlesungen über württ. Pr.R. (Mscpt. von 1871/72) sagt in § 27: Bestätigung der waisengerichtl. Deputation genüge, wenn die Veräußerung geschehe zwischen Miterben oder Erben und Dritten; „doch muß, wenn es sich nicht um Veräußerung einer Erbschaftssache handelt, die Zustimmung der ordentlichen Vormundschaftsbehörde eingeholt werden, außer die Deputation sei ein Ausschuß dieser Behörde". Anm. d. Red.

Erbteilung abgeschlossen werden, einer andern Genehmigung als seitens der waisengerichtlichen Deputation nicht bedürfen, allein die Bestimmung des Art. 20 Abs. 3 des Not.-Ges. sei nur auf Veräußerungen solcher Mündelgüter, also auch nur auf Vergleiche über solche Mündelgüter zu beziehen, welche zur Aktivverlassenschaft gehören.

Weder Lang noch das Landgericht geben eine Begründung für ihre einschränkende Interpretation, vielleicht weil in der Praxis die von Lang und dem Landgericht vertretene Ansicht die herrschende ist? — Wenn wir dennoch eine nähere Prüfung der Frage unternehmen, so möchte der bloße Hinweis auf die abweichende Auffassung zc. Wächter's eine genügende Rechtfertigung sein.

Nach dem älteren Recht stand die Erteilung des decretum de alienando dem Richter zu [1]). Die spätere Gesetzgebung —, Not.-Edikt vom 29. August 1819 und Kgl. Verordnung vom 24. Mai 1826, Reg.-Bl. S. 275 ff. — ermächtigt zur Erteilung des Dekrets den Gemeinderat, ausnahmsweise das Waisengericht, das Notariatsgesetz vom 14. Juni 1843 den Gemeinderat und ausnahmsweise die waisengerichtliche Deputation. Dabei finden wir, wie in unseren Gesetzen — nicht auf eine der Klarheit förderliche Weise — das Rechtsinstitut des decretum de alienando in stetem Zusammenhang mit dem Rechtsinstitut des gerichtlichen Erkenntnisses (der gerichtl. Insinuation) behandelt ist. Schon die Kgl. Verordnung vom 19. Juni 1808 giebt in § 3 (vgl. auch § 16 Abs. 2) die Vorschrift, daß der Magistrat bei der Vornahme der gerichtlichen Insinuation auch die Frage zu prüfen habe, ob nicht Pflegekinder verfangen seien, wegen welcher die Gesetze noch besondere Förmlichkeiten vorschreiben. Im Notariatsedikt und der Vollziehungsverordnung (24. Mai 1826) werden die Voraussetzungen, unter welchen außer der waisengerichtlichen Kognition das gerichtliche Erkenntnis nimmer nötig, und die Voraussetzungen, unter welchen das Waisengericht zur Erteilung des decretum de alienando zuständig sein soll,

1) v. Wächter, Handbuch zc. S. 878 Note 13. Weishaar, Württ. Privatrecht, 3. Aufl. I. § 266, 3, Anm. d.

neben- und durcheinander festgestellt; wobei es geschieht, daß der Ausdruck „gerichtliches Erkenntnis" für die Erteilung des Dekrets oder für dieses und die gerichtliche Insinuation zusammen gebraucht wird [1]).

Schon in diesen Gesetzen finden wir die Bestimmungen: 1. daß bei einer Veräußerung von Erbschaftsgrundstücken an Miterben die waisengerichtliche Kognition genüge, dagegen bei einer solchen Veräußerung an Dritte das gemeinderätliche Erkenntnis nachzuholen sei, und 2. daß zu Veräußerungen von Grundstücken oder bedeutender Fahrnis Minderjähriger in der Regel der Gemeinderat zuständig, ausnahmsweise die waisengerichtliche Kognition genügend sei, wenn die Veräußerungen solcher Mündelgüter

„durch eine unter waisengerichtlicher Leitung vorgehende Erbschaftsteilung oder im Laufe derselben geschehen."

Schon hier mochte der Zweifel entstehen, was unter Veräußerung bei oder im Lauf einer Erbteilung zu verstehen sei. Allein da der Gesetzgeber die Kompetenzen des Waisengerichts in Absicht auf die gerichtliche Insinuation und in Absicht auf das Veräußerungsdekret gleichmäßig geordnet und solche zweifellos auf die Veräußerung erbschaftlicher Grundstücke beschränkt hat, so ist nicht anders anzunehmen, als daß er allgemein, also auch beim decretum de alienando nur die Veräußerungen erbschaftlicher Gegenstände im Auge gehabt hat (s. oben a und b).

Der Entwurf zum Notariatsgesetz (vom 14. Juni 1843) lautet:

Art. 20. Bei Vermögensveräußerungen von Minderjährigen, welche bei einer unter waisengerichtlicher Leitung vorgehenden Erbschaftsteilung oder im Laufe derselben über Erbschaftsgrundstücke an Miterben geschehen, vertritt die waisengerichtliche Bestätigung die Stelle des gerichtlichen Erkenntnisses.

Bei der Veräußerung von Grundstücken aus einer Verlassenschaftsmasse, bei welcher Minderjährige beteiligt sind, an

1) Not.-Edikt. V, 2. Abs. Vollz.-Verordnung § 5. Reg.-Blatt S. 278 und 279.

Dritte, ist außer der waisengerichtlichen Kognition eine andere Veräußerungserlaubnis zwar nicht erforderlich, es muß aber der Kaufvertrag zur gerichtlichen Insinuation gebracht werden.

Art. 21. Auch in andern, als den vorbemerkten Fällen wird das Erkenntnis darüber, ob überhaupt die Veräußerung von Gütern oder bedeutender Fahrnis minderjähriger Personen für diese notwendig oder nützlich ist, ausschließend der zuständigen vormundschaftlichen Behörde zugewiesen. Ein besonderes Veräußerungserkenntnis (decretum judicis de alienando) ist daher nicht mehr erforderlich.

Desgleichen ꝛc. (handelt von Verkäufen ohne Aufstreich).

Uebrigens sind dergleichen Konsense, wenn die Veräußerungen nicht im Laufe von Erbteilungen vorkommen, nicht bloß von den Waisengerichten, sondern von den Gemeinderäten zu erteilen [1]).

Der Art. 20 des Entwurfs trägt die Ueberschrift: „Vermögensveräußerungen aus Anlaß von Teilungen“; der Art. 21 die Ueberschrift: „Konsenserteilung zu Vermögensveräußerungen Minderjähriger, sowie zu Verkäufen ohne Aufstreich“. Jener handelt hiernach ex professo vom gerichtlichen Erkenntnis, dieser vom decretum de alienando, und da nun im erstern von Veräußerungen von Erbschaftsgrundstücken, im zweiten allgemein von Veräußerungen im Laufe einer Erbteilung die Rede ist, konnte über den letztern Ausdruck — Veräußerungen im Laufe einer Erbteilung — der Zweifel entstehen, ob hiemit auch andere als Veräußerungen erbschaftlicher Gegenstände gemeint seien. Da finden wir nun aber im Kommissionsbericht zu Art. 20 des Entwurfs [2]) folgende Bemerkung:

> dagegen läßt der unbeschränkte Ausdruck „Vermögensveräußerungen von Minderjährigen im Laufe der Erbschaftsteilung“ die Deutung zu, als gelte dies auch von der Veräußerung solchen Vermögens, welches der Minderjährige schon zuvor besessen habe und nun im Weg des Verkaufs oder

1) Verhandlungen der Kammer der Abg. 1841/44, Bd. XVI, 1. Beilagenheft, dritte Abt. S. 15, 16.

2) Kammerverhandlungen loc. cit. S. 178, 179.

Tauschs in der Erbteilung seinen Miterben abtrete (unser Fall c). „Dies kann jedoch nicht die Absicht des Gesetzgebers sein“,

und es wird dann vorgeschlagen, in Anlehnung an § 5 der Vollziehungsverordnung (24. Mai 1826) den Artikel folgendermaßen zu fassen:

„Bei Vermögensveräußerungen von Minderjährigen, welche Erbschaftsstücke, Liegenschaft oder Fahrnis betreffen, und im Laufe der Erbschaftsteilung an Miterben geschehen, vertritt . . . . .“

Bei Veräußerungen von Bestandteilen einer Verlassenschaft, bei welcher Minderjährige beteiligt sind, an Dritte, ist außer der waisengerichtlichen Kognition eine andere Veräußerungserlaubnis zwar nicht erforderlich, es muß aber, wenn die Veräußerung Grundstücke betrifft, der Vertrag zur gerichtlichen Insinuation gebracht werden.

Der Art. 20 des Entwurfs handelt zwar — wie bemerkt — ex professo von dem Institut der gerichtlichen Insinuation, daneben aber in seinen Zwischensätzen — ganz wie jene Gesetze vom Jahr 1819 und 1826 — auch vom vormundschaftlichen Veräußerungsdekret. Aber dies wird von der Kommission klar erkannt und mit klarer Erkenntnis stellt sie solche Anträge, daß darüber kein Zweifel bestehen kann, daß sie von der Ansicht ausgeht, es sei dem bestehenden Rechte gemäß und soll geltendes Recht bleiben, daß die Teilungsbehörden das Veräußerungsdekret nur bei Veräußerungen von erbschaftlichen Mündelgütern erteilen können.

Auch in der Kommission wird schon die Frage angeregt, ob es in Fällen, wo ein fremder Minderjähriger beteiligt ist, nicht rätlich erscheinen möchte, die Teilungsbehörde statt der fremden Vormundschaftsbehörde für zuständig zu erklären.

In den Versammlungen der Kammer der Abgeordneten [1]) wird von seiten der Regierung festgestellt, daß der Art. 20, was die Kommission nicht beachtet habe, ausschließlich von der gerichtlichen Insinuation handle. Diese Konstatierung entsprach

1) Bd. VI. 78. Sitzung S. 69 ff.

zwar, wie wir bemerkten, der richtigen Auffassung des Art. 20 nicht, indem derselbe doch ganz offenbar auch vom Veräußerungsdekret handelt. Allein die Kammer acceptiert die Auffassung des Regierungsvertreters, macht hingegen aber die ganz richtige Bemerkung, daß dann jede Bezugnahme auf Minderjährige in diesem Artikel der Logik widerspreche. Nun macht der Präsident — v. Wächter — den Vorschlag, den zweiten Absatz des Art. 20 des Entwurfs aus diesem Artikel zu entfernen und denselben in den Art. 21, welcher vom decretum de alienando handle, als zweiten Absatz einzuschalten; was genehmigt wird. Weiterhin wird beantragt, die Voraussetzung auszusprechen, daß auch in Beziehung auf diejenigen Güter, welche auf fremder Markung liegen, aber zu der Erbschaft gehören, die waisengerichtliche Bestätigung genüge und es nicht nötig sein soll, solche Verträge noch dem Gemeinderat der betreffenden Markung zur Fällung eines besondern Erkenntnisses zuzustellen. Nachdem sodann der Art. 20 des Entwurfs (Art. 19 des heutigen Gesetzes) und Art. 21 desselben (Art. 20 des Gesetzes) durchberaten waren, stellt der Präsident in Absicht auf den letzten Absatz des Art. 21 (jetzt dritter Abs. des Art. 20 des Gesetzes) als Ergebnis der Verhandlungen wörtlich folgende Fassung fest:

> Uebrigens sind dergleichen Konsense bei Richteremten von den Gemeinderäten zu erteilen, ausgenommen, wenn bei einer unter waisengerichtlicher Leitung vorgehenden Erbschaftsteilung oder im Laufe derselben Veräußerung über Erbschaftsgrundstücke, sei es zwischen Miterben oder Erben und Dritten vorkommen, in welchem Falle die Bestätigung durch die waisengerichtliche Deputation genügt [1]).

So in der Sitzung vom 6. April 1842! In der Sitzung vom folgenden Tag ruft der Präsident der Kammer die Fassung des letzten Absatzes des Art. 21 des Entwurfs ins Gedächtnis und verliest dieselbe [2]).

Hier nun fehlen im Druck die Worte „über Erbschaftsgrundstücke"; es heißt einfach: „wenn die Veräußerung bei

1) Kammerverhandlungen, Bd. VI. 78. Sitzung, S. 80 unten.

2) l. c. 79. Sitzung, S. 3.

einer .... Erbschaftsteilung oder im Lauf derselben, sei es .... vorkommt", also nichts mehr von erbschaftlichen Grundstücken! Wie dies gekommen, ist nicht zu ersehen. Sind die Worte aus dem Grund entfernt worden, weil die Beschränkung des Art. 21 (jetzt 20), der ja vom Veräußerungsdekret handelt, auf Grundstücke keinen Sinn hatte? Oder begegnet uns hier schon die Ansicht ꝛc. Wächter's, daß die Beschränkung der waisengerichtlichen Zuständigkeit auf Veräußerungen erbschaftlicher Gegenstände beim Rechtsinstitut des decretum de alienando nicht begründet sei? In derselben Sitzung wird dann noch derjenige Artikel 22 beantragt, welcher im heutigen Gesetz der Art. 21. geworden ist.

Mit den Anträgen der 2. Kammer zu den Artikeln 20 und 21 des Entwurfs, welche demnächst von den andern gesetzgebenden Faktoren angenommen worden sind, stimmen die Art. 19 und 21 des (geltenden) Notariatsgesetzes wörtlich überein. Dagegen findet sich zwischen der Fassung des Art. 21, wie er nach den Anträgen der Kammer lautete, und dem entsprechenden Art. 20 des Gesetzes ein ziemlich bedeutender Unterschied:

Der Art. 21 der Anträge hatte folgenden Wortlaut:

Abs. 1. Das Erkenntnis darüber, ob überhaupt die Veräußerung ..... (ganz wie Art. 20 Abs. 1 des Gesetzes!).

Abs. 2. Bei der Veräußerung von Grundstücken aus einer Verlassenschaftsmasse, bei welcher Minderjährige beteiligt sind, an Miterben oder Dritte, ist außer der Kognition der waisengerichtlichen Deputation eine andere Veräußerungserlaubnis zwar nicht erforderlich, es muß aber im letztern Falle der Vertrag zur gerichtlichen Insinuation gebracht werden.

Abs. 3. Die Erteilung der Erlaubnis — (handelt von Verkäufen ohne Aufstreich!)

Abs. 4. Uebrigens sind dergleichen Konsense ..... (ganz wie Art. 20 des Ges. 3. Absatz!)

Abs. 5. conform dem Art. 21 des Gesetzes!

Vergleichen wir mit dieser Fassung diejenige des Gesetzes, so sehen wir, daß der zweite Absatz „bei der Veräußerung von

Grundstücken aus einer Verlassenschaft . . . ." ganz erheblich verkürzt und in dieser verkürzten Gestalt an den Schluß des Art. 20 gestellt worden und — was hierher unerheblich — der Abs. 5 des Art. 21 zu dem neuen Art. 21 des Gesetzes geworden ist. Die in den vorliegenden Materialien nicht ersichtlichen Gründe dieses Verfahrens sind vielleicht nicht schwer zu erraten: 'Wenn der Abs. 2 in jener Fassung der Kammer bestimmt, daß zu einer Veräußerung von Grundstücken aus einer Verlassenschaftsmasse, bei welcher Minderjährige beteiligt sind, an Miterben oder Dritte, die waisengerichtliche Kognition genügend sei, so war ja diese Bestimmung schon in dem vierten Absatz — jetzt Abs. 3 des Art. 20 des Gesetzes — enthalten; hiernach waren ja alle Veräußerungen bei und im Laufe einer Teilung, also selbstverständlich auch diejenigen von Grundstücken aus der Verlassenschaft, der waisengerichtlichen Kognition unterstellt; und wenn der gleiche zweite Absatz bestimmt, daß im Falle der Veräußerung erbschaftlicher Grundstücke an Dritte die gerichtliche Insinuation (des Gemeinderats) notwendig sei, so war auch diese Bestimmung implizite schon in Art. 20 des Entwurfs — Art. 19 des Gesetzes — enthalten; allein es mochte ja immerhin nichts schaden, diesen Satz auch positiv im Schlußsatz des Art. 21 (jetzt 20) auszusprechen. Wenn dann aber in diesem vierten Absatze des Gesetzes — Art. 20 — die Bezeichnung „Erbschaftsgrundstücke" durch den Ausdruck „Grundstücke" ersetzt worden ist, so kann dies nur infolge der Auffassung geschehen sein, daß die Prädizierung der Grundstücke als erbschaftlicher überflüssig sei. Ueberflüssig aber kann sie nur sein, wenn das Gesetz unter den Veräußerungen des unmittelbar vorausgehenden Absatzes (jetzt Abs. 3) eben nur Veräußerungen erbschaftlicher Gegenstände versteht. Dann und nur dann ist es unnötig und überflüssig, im vierten Absatz die Grundstücke auch noch besonders als Erbschaftsgrundstücke zu bezeichnen. Aus der bis dahin gegebenen Entwicklung gewinnen wir folgende Resultate:

1. Der Entwurf des Notariatsgesetzes schließt sich vollständig an das ältere Recht des Not.-Edikts und der Vollziehungsverordnung an: nach diesem ältern Recht ist eine Zuständigkeit

des Waisengerichts, über andere Veräußerungen als über Veräußerungen von erbschaftlichen Gegenständen zu kognoszieren, nicht zu erweisen.

2. In der Kommission der Kammer der Abgeordneten kommt die Anschauung zum unzweideutigen Ausdruck, daß die Befugnis des Waisengerichts auf die Genehmigung der Veräußerungen erbschaftlicher Gegenstände beschränkt sei und beschränkt bleiben soll.

3. Dieselbe Anschauung besteht in der 2. Kammer, wie sich sowohl aus jenem Beschluß ergiebt, der vom Präsidenten in der Sitzung vom 6. April 1842 konstatiert worden ist, als auch aus der Fassung der Anträge zu Art. 21 des Entwurfs, wo der Ausdruck „Veräußerung" im vierten Absatz in seiner Beziehung auf die Veräußerung im zweiten Absatz zweifellos als eine Veräußerung erbschaftlicher Gegenstände zu verstehen ist.

4. Der letzte Absatz des Art. 20 des Gesetzes scheidet den Fall der Veräußerung von Grundstücken als einen besonderen aus der Veräußerung erbschaftlicher Gegenstände aller Art aus.

5. Der Art. 21 des Notariatsgesetzes ist nicht in der Absicht entstanden, die Zuständigkeiten des Waisengerichts gegenüber von dem Gemeinderat, sondern vielmehr diejenigen der lokalen (die Teilung leitenden) Behörde gegenüber der fremden, sonst im Allgemeinen sachlich oder persönlich zuständigen Behörde festzustellen. Der Artikel stellt gegenüber: „Bestätigung" seitens der lokalen Teilungsbehörde und Erkenntnis seitens der fremden Vormundschaftsbehörde; er sagt: wenn ein solcher Veräußerungsfall vorliegt, daß nicht die Teilungsbehörde, sondern der Gemeinderat zuständig ist, so soll bei der Beteiligung eines fremden Minderjährigen (nicht der lokale, sondern) der fremde Gemeinderat zuständig sein; dieser Fall ist aber gerade die Veräußerung nicht erbschaftlicher Gegenstände. Hiernach ist der Inhalt des Art. 20 Abs. 1 und 3 und des Art. 21 des Not.-Gesetzes contra v. Wächter) dahin festzustellen:

I. Die Erteilung des decretum de alienando (bei Ver-

äußerungen unbeweglicher oder bedeutender beweglicher Mündelgüter) steht in der Regel dem Gemeinderat zu.

II. Ausnahmsweise der Teilungsbehörde, wenn die Veräußerung bei einer öffentlichen (unter waisengerichtlicher Leitung vorgenommenen) Erbschaftsteilung geschieht und erbschaftliche Gegenstände, also solche Vermögensobjekte betrifft, welche von Minderjährigen durch den Erbschaftsantritt oder die Nachlaßverteilung erworben worden sind.

III. Wird bei der (öffentlichen) Teilung eine andere als die zu 2 bestimmte Veräußerung vorgenommen, so ist das Genehmigungsdekret des Gemeinderats erforderlich.

IV. Wird eine Veräußerung im Sinne von Ziff. 3 vorgenommen und ist hiebei ein fremder Minderjähriger beteiligt, so ist das Erkenntnis der fremden, über den Minderjährigen allgemein zuständigen Obervormundschaftsbehörde — des fremden Gemeinderats nachzuholen.

Zusatz: Art. 15 Abs. 3 des Gesetzes vom 18. Aug. 1879 (Ausführungsges. zur D. C.P.O.) bestimmt, daß es in Absicht auf Vergleiche Minderjähriger bei dem bestehenden Recht, näml. Art. 20 des Not.-Gesetzes und § 31 der revidierten Pflegervorschriften (vom 26. Juni 1843) sein Bewenden habe. Durch den Hinweis auf den Art. 20 des Not.-Gesetzes subsumiert das Gesetz den Vergleich unter die Veräußerungsgeschäfte; mit Recht, denn ob im Wege des Vergleichs ein bestrittener Anspruch teilweise aufgegeben, oder ob der bestrittene Anspruch anerkannt und für dieses Anerkenntnis eine Gegenleistung gewährt wird: dort ist das teilweise Aufgeben des Anspruchs, hier die gewährte Gegenleistung eine Veräußerung; jeder Vergleich involviert also, genauer gesprochen, eine Veräußerung. So oft nun eine durch einen Vergleich herbeigeführte Veräußerung vorgenommen wird mit einem Vermögensobjekt, welches zum Nachlaß gehört, ist, wenn die Veräußerung bei einer Erbteilung geschieht, bei Beteiligung eines Minderjährigen die Teilungsbehörde zum Veräußerungsdekret zuständig, so oft die Veräußerung eine andere ist, der Gemeinderat. Hiernach ist die Teilungsbehörde zuständig, wenn sich die Erben über den Umfang des Erbrechts

der einzelnen Erben, also über die Summe der jedem einzelnen Erben angefallenen Vermögensrechte, oder wenn sie sich über den modus der Verteilung vergleichen, ohne daß aus demjenigen Vermögen eines Minderjährigen, welches er schon früher besaß, eine Gegenleistung gewährt wird. Wird aber inhaltlich des Vergleichs eben eine solche Gegenleistung aus dem nicht erbschaftlichen Vermögen des Minderjährigen gewährt, oder wird ein Anspruch eines Minderjährigen ganz oder teilweise aufgegeben, welchen er nicht durch den Erbschaftsantritt oder die Nachlaßverteilung erworben hatte, also ein nicht erbschaftlicher Anspruch, so ist die Zuständigkeit des Gemeinderats wieder begründet. So ist z. B. der Vergleich dem Gemeinderat vorzulegen, in folgenden Fällen: Im Nachlaß befindet sich das Grundstück A, nebenan liegt das Grundstück B, welches einem minderjährigen Miterben schon früher gehörte; der Minderjährige macht für B gegen A eine Ueberfahrt geltend, welche im Vergleichsweg aufgegeben wird. — Die minderjährige Tochter fordert von den Miterben (des Vaters) ein Heiratsgut. — Das uneheliche Kind, welches den kinderlosen Vater beerbt, fordert von den (andern) Erben Alimente 2c. — In allen diesen Fällen ist es gleichgiltig, ob der Streit (über die Servitut, über die Aussteuer, über die Alimente 2c.) erst zwischen den Minderjährigen und den Erben entsteht, oder ob er schon gegen den Erblasser anhängig geworden war: denn überall handelt es sich hier um einen schon gegen den Erblasser — nicht durch den Erbfall — erworbenen Anspruch.

Endlich sei noch der Streitfrage gedacht, ob ein von dem Vormund im Prozeß ohne Legitimation der Vormundschaftsbehörde abgeschlossener Vergleich giltig ist oder nicht[1]). Vom Reichsgericht ist in der in der Anmerkung angeführten Entscheidung entschieden, daß der Vergleich eine Prozeßhandlung

1) Hierüber siehe: Lang, Personenrecht, § 101, Note 11 vgl. mit Note 10, S. 614 und 615 (2. Aufl.). Gaupp, C.P.O., Bd. I, zu § 52, S. 126 (2. Aufl.). Mandry, Civilrechtl. Inhalt der Reichsgesetze, § 56, Note 5, S. 524 (3. Aufl.). Namentlich aber R.G. Entsch., Bd. XIX, S. 262. Seuffert, Arch. N. f. Bd. 43 S. 338 (Nr. 223).

im Sinne des § 53 der R.C.P.O. nicht sei und daß hiernach in der allgemeinen Ermächtigung zur Prozeßführung — in der allgemeinen Prozeßvollmacht — die Befugnis zum Abschluß eines Vergleichs nicht enthalten sei, also ein solcher von einem Vormund abgeschlossener Vergleich der landesgesetzlich vorgeschriebenen Zustimmung der Vormundschaftsbehörde bedürfe (wie Lang und Mandry gegen Gaupp).

IV.

Litterarische Anzeigen.

Formularbuch zu den Deutschen Prozeßordnungen für den Gebrauch der Gerichte und Staatsanwaltschaften. **Erste Abteilung: Formulare zur Civilprozeßordnung und zur Konkursordnung.** Auf der Grundlage des Formularbuchs von Felix Vierhaus auf amtliche Veranlassung neu bearbeitet von **Hugo Weizsäcker**, Amtsrichter. Berlin 1895. Verlag von Reinhold Kühn.

Das Buch enthält die sämtlichen durch Vertreter des Reichsjustizamts und des K. preußischen Justizministeriums neu bearbeiteten Formulare zur Civilprozeßorduung und zur Konkursordnung (vgl. Amtsblatt von 1895 S. 7) mit probeweiser Ausfüllung durch Musterbeispiele und Anmerkungen über die Art ihrer Verwendung. Diese Zusätze zu den amtlichen Formularen sind gegenüber den in dem Vierhaus'schen Formularbuch enthaltenen mit Rücksicht auf den bedeutend veränderten Text der Formulare durchgreifend umgestaltet, die Bemerkungen zu den einzelnen Nummern erheblich erweitert und mit den nötigen Hinweisen auf die inzwischen veröffentlichte Litteratur und Rechtsprechung versehen worden. Soweit Ref. das Buch geprüft hat, erscheinen die Beispiele gut gewählt und die Bemerkungen richtig und geeignet, das Nachschlagen eines Kommentars über zweifelhafte Fragen der formellen Geschäftsbehandlung überflüssig zu machen. Das Buch wird daher Gerichtsschreibern, Justizreferendären und jungen Richtern gute Dienste in der Praxis leisten können. Pf.

Das gerichtliche Geständnis von Rechtsverhältnissen. Tübinger Inauguraldissertation von **Constantin Demmler**, Rechtsanwalt beim K. Landgericht Stuttgart. (58 S.) Stuttgart, W. Kohlhammer.

Das gerichtliche Geständnis von Rechtsverhältnissen ist in der C.P.O.

nicht erwähnt; die vorliegende gut geschriebene [1]) Abhandlung legt zunächst dar, daß ein solches Geständnis in Wirklichkeit sehr häufig vorkommt, so namentlich in Betreff der den Klaganspruch bedingenden „präjudiziellen" Rechtsverhältnisse (z. B. Erbenqualität des einen Anspruch des Erblassers Einklagenden). Der Verfasser weist sodann nach, daß ein solches Geständnis (oder Anerkenntnis) von Rechtsverhältnissen nicht — wie z. B. Gaupp, Ziff. II, 1 a zu § 261 C.P.O. will — als „Geständnis von Thatsachen" aufgefaßt werden darf, sondern von einem solchen grundsätzlich verschieden ist und daher nicht den Vorschriften der §§ 261 -263 C.P.O., insbesondere hinsichtlich der Widerruflichkeit, unterliegt (vgl. R.G. 32 Nr. 113), daß vielmehr Natur und Wirkung dieser Prozeßhandlung „aus allgemeinen prozessualen Grundsätzen und den dem Gesetz unausgesprochen zu Grund liegenden Gedanken erschlossen werden muß." Dabei wird besonders betont, daß das Geständnis von Rechtsverhältnissen wie das Anerkenntnis des Anspruchs als eine Prozeßhandlung begrifflich eine Disposition über das streitige Recht oder einen Verzicht nicht enthalte. Die Schrift, welche die Litteratur und Rechtsprechung sorgfältig benützt, zeugt von praktischem Sinn und klarem Urteil; ihre Ausführungen sind nicht bloß vom theoretischen Standpunkt aus, sondern auch für den Praktiker von Interesse. Pf.

1) Auf Seite 51 ist offenbar statt „durch Anerkenntnisurteil" werde „nichts ausgeschlossen" zu lesen: „durch Anerkenntnis" werde „Urteil nicht ausgeschlossen".

Alphabetisches Sachregister.

(Die Zahlen bedeuten die Seiten.)

A.

B.

J.

K.

L.

M.

N.

O.

V.

W.

Z.



